J. rom. m.
246
d

Stellvertretung im Besitze.

Ein

Beitrag zur Besitzlehre

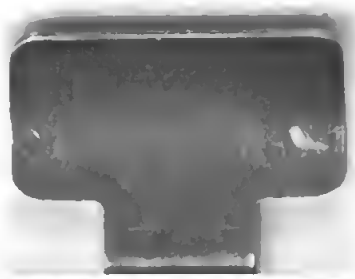
von

Lorenz Hauser
K. Bezirks- und Handelsgerichtsrath in München.

Verlag von Bernhard Tauchnitz
Leipzig 1870.

J. rom. m.
246 d

Hauser



Digitized by Google

Hauſer, Stellvertretung im Beſitze.

Stellvertretung im Besitze.

Ein

Beitrag zur Besitzlehre

von

Lorenz Hauser

K. Bezirks- und Handelsgerichtsrath in München.

Verlag von Bernhard Tauchnitz

Leipzig 1870.

BIBLIOTECA
PARIS

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Digitized by Google

Inhaltsverzeichniß.

I. Einleitung.

Seite

§. 1. 7

II. Grundsätze über die Stellvertretung im Besitze.

A. Stellvertretung im Allgemeinen.

1) Entstehung des Besitzes.

§. 2. Allgemeine Erfordernisse 12

§. 3. Einzelfragen: Beschaffenheit des Willens des Vertreters (Unredlichkeit, Irrthum) 19

§. 4. Einzelfragen: Willensmoment auf Seite des Vertretenen (Genehmigung, Vollmachtserlöschung, Irrthum) 26

2) Ausübung und Verlust bestehenden Besitzes.

§. 5. Allgemeines 31

§. 6. Anwendung bei Grundstücken (heimliche Besitzergreifung, Verhältniß des bisherigen Besitzers, gewaltsame Besitzentziehung) 35

§. 7. B. Stellvertretung durch den bisherigen Besitzer (constitutum possessorium) 46

§. 8. C. Mittelbare Stellvertretung (Substitution) 50

III. Anwendung der Grundsätze über die Stellvertretung im Besitze auf handels- und seerechtliche Verhältnisse.

§. 9. A. Besitzabtretung bei Veräußerung von Seeschiffen . 55

B. Besitzabtretung bei Versendung von Waaren ohne Verfügungspapier.

§. 10. 1) Verschiedenheit der Fälle 58

§. 11. 2) Versendung nach einem für die Erfüllung bestimmten Zwischenorte 62

Seite
§. 12. 3) Waarenversendung vom Erfüllungsorte aus 64
§. 13. 4) Prüfung der Gegengründe 68

C. Besitzübertragung mittelst Begebung von Waarenpapieren.

§. 14. I. Forderungsverhältniß. a) Namenspapiere, b) Ordre- u. Inhaberpapiere 74
§. 15. II. Besitzverhältniß. a) Namenspapiere, b) Ordre- u. Inhaberpapiere 86
§. 16. III. Rechtscollision 93

I. Einleitung.

§. 1.

Die Herrschaft der Besitzlehre in der durch Savigny erlangten rechtlichen Gestaltung hat vielfache Bekämpfung erfahren. So Bedeutendes die berühmte Abhandlung über „das Recht des Besitzes" geschaffen hat und so unberechtigt mancher sich überhebende Widerspruch gegen das verdienstreiche Werk erscheinen mag, der Erkenntniß wird man sich nicht verschließen dürfen, daß in einzelnen Beziehungen die große Schöpfung Unvollkommenheiten an sich trägt. Einzelne Stellungen der herrschenden Lehre sind genommen, andere Positionen wird sie noch aufgeben müssen. In einigen Theilen ist eine richtigere Structur der Grundlagen, in andern eine vollständigere Durchbildung im Einzelnen nothwendig.

Savigny's Anschauung über den Grund des Besitzesschutzes, zugleich bestimmend für die rechtliche Natur des Besitzes, hat neuerdings eine glänzende Bestreitung und man darf wohl auch sagen, eine überzeugende Widerlegung gefunden in Iherings geistvollen „Beiträgen zur Lehre vom Besitz"[1]). Die Theorie des Delicts ist unhaltbar, bestehe dasselbe in einer „Gewaltthätigkeit" gegen „die blos factische Herrschaft", welche „an sich kein Rechtsverhältniß ist", oder in dem Unrecht, „den guten Willen des Andern zu mißbrauchen"[2]). Dagegen wird die Doctrin eine einflußreiche Stellung sich erringen, die den Schutz des Besitzes darstellt als „eine

1) In den Jahrbb. f. Dogm. des heutigen Römischen u. Deutschen Privatrechts Bd. IX. S. 1 fg. und im Separatabdruck erschienen; II. Auflage unter dem Titel: Grund des Besitzesschutzes.

2) v. Savigny, das Recht des Besitzes (Aufl. VII.) S. 30. und 31. und S. 48 fg. S. 55 fg. (§§. 2. u. 6.). Zur Durchführung der Delictstheorie wird S. 400. (§. 37.) als eine „Gewalt" erklärt, „wenn nur unser freier Gebrauch

nothwendige Vervollständigung und Ergänzung des Eigenthumsschutzes, eine dem Eigenthümer zugedachte Beweiserleichterung, die aber nothwendigerweise auch dem Nichteigenthümer zu Gute kommt", — eine „unvermeidliche Consequenz .... um dem Eigenthümer den ihm zugedachten erleichterten Eigenthumsschutz zuzuwenden."[3])

Die Lehre über den „materiellen Begriff des Besitzes", nothwendigerweise eine Abstraction von dem Besitz-Erwerb und -Verlust, mehr in der Formulirung als in der Anwendung Savigny's zu beanstanden, hat eine wesentliche Förderung durch Iherings genannte Abhandlung erhalten. Die realistische Behandlung des äußerlichen Besitzmomentes als einer „gegenwärtig" gedachten, „physischen Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar zu wirken und jede fremde Wirkung auf sie auszuschließen", oder als der „sinnlichen Ueberzeugung physischer Herrschaft"[4]) ist wissenschaftlich nicht befriedigend und im wirklichen Rechtsleben unentscheidend[5]). Naturgemäßer und der Rechtsübung im Verkehr entsprechender hingegen erscheint die idealere Auffassung jenes Momentes als „der bloßen Thatsächlichkeit des Eigenthums" d. i. des „normalen äußern Zustands der Sache, in dem sie ihre ökonomische Bestimmung erfüllt, dem Menschen zu dienen."[6]) Bereits hält Goldschmidt

---

der Sache beschränkt wird, mag dieses auch selbst durch die Sache des Nachbars geschehen, z. B. durch eine überhangende Mauer; denn obgleich er das nicht hervorgebracht hat, ja vielleicht nicht einmal weiß, so besitzt er doch sein Gebäude auf diese für mich beschwerende Weise, und das ist hier zum Begriff der Gewalt hinreichend." (!)

3) Ihering a. a. O. S. 44. und 53.

4) v. Savigny a. a. O. S. 210 fg. 214 fg. 238 fg. S. 242. S. 329. 339. 347. (§§. 14. 15. 18. 29. 31.).

5) Für den Besitzerwerb ist eine bloße Möglichkeit ohne eine weitere Verwirklichung des Erwerbswillens nicht hinreichend, sinnliche Ueberzeugung nicht durchgehends erforderlich (l. 18. §. 2. D. de poss., vgl. Savigny selbst a. a. O. §. 17. S. 226.), insbesondere nicht für den Erwerber des Besitzes bei einer Stellvertretung (s. die Stellen in Note 13. §. 2. unten); Gegenwart, wenn sie in einigen Fällen von römischen Juristen als genügend erklärt wird, ist deswegen noch nicht nothwendig (l. 18. §. 2. D. de poss., l. 55. D. de adq. rer. dom. l. 1. C. de donat.), für die Fortdauer des Besitzes ist der Mangel der Gegenwart vollends gleichgiltig (§. 5. Note 3.).

6) Ihering a. a. O. S. 51. und 153. (S. 179. in II. Aufl.). Mag auch die Formulirung des Begriffs nicht über alle Schwierigkeiten und Bedenken hinwegheben; der Gedanke ist richtig und dies ist zunächst die Hauptsache.

eine „Modification der herrschenden ... Ansicht" für nothwendig, die nach meiner Beurtheilung die „herrschende Lehre" in ihrer Wesenheit berührt. Er fordert zum Besitzerwerb zwar „gegenwärtige Möglichkeit der beliebigen und ausschließlichen Einwirkung," jedoch nicht in Wirklichkeit, „nicht als actuelle, sondern als ideale d. i. eine solche, welche nach vernünftiger Lebenssitte als eine gegenwärtige betrachtet wird"; aber auch diese Formulirung erhält noch die weitere Hauptmodification: „sollten auch ihrer Realisirung ungewöhnliche, daher nicht vorauszusetzende Hindernisse entgegenstehen."[7])

Die Lehre von der Stellvertretung im Besitze, welche bezüglich eines allgemeinen Vertretungs-Auftrages durch Bremer[8]) eine praktisch gebotene Correctur erfahren hat, bedarf außer weitern Berichtigungen zur nothwendigen Klärung einer mehr casuistischen Durchbildung. Mit Grund hat Thöl[9]) empfohlen, auf die Stellvertretung durch den bisherigen Besitzer (constitutum possessorium) bezüglich der Waarenversendung „noch mehr Aufmerksamkeit, als geschehen," zu verwenden. Besonders vernachlässigt aber erscheint die Partie über die Stellvertretung durch Substituten.

Einen Versuch in der Anwendung der Grundsätze über die Besitz-Stellvertretung auf die Waarenlieferung durch Versendung

---

7) Handbuch des Handelsrechts S. 1233. Zus. zu S. 638. — Es ist sohin auch nach Goldschmidt nicht nothwendig, daß die Möglichkeit der beliebigen Einwirkung gerade gegenwärtig bestehe. Wenn der Verkäufer das von einer Anhöhe sichtbare Grundstück oder die von unten sichtbare Alpenweide dem Käufer zeigt und hiemit übergibt (cf. l. 18. §. 2. de poss.), sofort aber das ungewöhnliche Ereigniß eines Wolkenbruchs den jenseits des angeschwollenen Flusses liegenden Grund, oder ein ungewöhnlicher Schneefall die Alpe unzugänglich macht, so hindert dies nach Goldschmidts Modification den Besitzerwerb nicht, obwohl die Mangels menschlicher Voraussicht irrthümlich angenommene Möglichkeit der beliebigen Einwirkung gegenwärtig nicht realisirbar ist. — Meines Erachtens verlangt die Consequenz, daß Goldschmidt noch einen Schritt weiter mache. Die bloße Einbildung einer Möglichkeit kann die Thatsächlichkeit derselben nicht ersetzen; daher darf er ein ungewöhnliches, wenn auch vorauszusehendes oder schon gegenwärtig sichtbares Ereigniß überhaupt nicht als ein Hinderniß des Besitzerwerbs betrachten, so lange ungeachtet desselben die Sache ihre ökonomische Bestimmung für den neuen Erwerber zu erfüllen nicht gehindert wird.

8) Zeitschrift f. Civ.-Recht und Proc. N. F. XI. 211 fg. und XVII. 193 fg.

9) Handelsrecht §. 80. in Note 16.

und auf die Veräußerung durch Begebung von Waarenpapieren an Ordre hat der Verfaſſer dieſer Abhandlung gemacht anläßlich ſeiner Erörterungen über „die Entſtehung und Erlöſchung dinglicher Rechte an beweglichen Sachen in Folge redlichen Erwerbs“[10]). Dieſelbe Anſicht, welche darin für den Beſitzerwerb in Folge einer Waarenveräußerung mittelſt Begebung eines an Ordre geſtellten Verfügungspapieres rechtlich zu begründen verſucht wurde, vertritt Goldſchmidt wenigſtens dem Reſultate nach in der nach jenen Erörterungen erſchienenen zweiten Abtheilung ſeines Handbuchs des Handelsrechts[11]). Dagegen die von mir geltend gemachte Anwendung der Stellvertretung durch den bisherigen Beſitzer (constitutum possessorium) auf die ohne Verfügungspapiere ſtattfindende Waarenlieferung durch Verſendung vom Erfüllungsorte aus bezeichnet Goldſchmidt als eine Verfechtung der von ihm „widerlegten“ Anſicht „mit zum Theil neuen, aber ebenſowenig zutreffenden Argumenten“[12]).

In ſeinem verdienſtvollen Werke wird an dem zur Widerlegung angeführten Orte §. 66. Note 16. der allgemeine Satz aufgeſtellt: „Die bloße Verſendung, d. i. die Aufgabe einer Waare zur Beförderung an einen entfernten Empfänger (Adreſſat, Deſtinatär), iſt nicht Tradition derſelben.“ Die „bloße“ Verſendung allerdings nicht, und namentlich nicht von Seite des „Verkaufscommittenten“ und „Spediteurs“[13]). Aber meine Begründung der Beſitzübertragung beſchränkt ſich auf Veräußerungs-, insbeſondere Verkaufsgeſchäfte und auf Fälle „einer Verſendung der Sache von dem Erfüllungsorte nach einem andern Ablieferungsorte“[14]). Ausdrücklich habe ich überdies bemerkt: „Die Rückſicht auf den Erfüllungsort iſt in den verſchiedenen Erörterungen dieſer Frage außer Acht gelaſſen“[15]). In der Allgemeinheit, in welcher mir Goldſchmidt (a. a. O. §. 79. in Note 3.) die „Anſicht, daß der Beſitz vermöge constitutum possessorium übergehe,“ bezüglich einer Waarenver-

10) Archiv f. Deutſches Wechſelrecht und Handelsrecht Bd. XVI. S. 275 fg. und S. 280 fg.

11) S. 707 fg. S. 764 fg. 774. Vgl. S. 623. Note 23.

12) Handbuch S. 803. in Note 3.

13) Daſelbſt S. 627.

14) Archiv f. Wechſelrecht und Handelsrecht XVI. S. 275; vgl. S. 288 lit. a.

15) Ebend. XVI. S. 276. in Note 43.

sendung zuschreibt, kann ich somit die Urheberschaft von „neuen Argumenten" für dieselbe nicht in Anspruch nehmen.

Jenes Urtheil des gelehrten Verfassers des Handbuchs des Handelsrechts war mir indessen eine neue Anregung zur wiederholten Prüfung der Frage. Mußte sich meine frühere Erörterung nach der Natur ihres Hauptgegenstandes auf einzelne Partien beschränken, so hat die gegenwärtige Untersuchung auf dem Gebiete der Stellvertretung im Besitze weiter auszugreifen. Um vor allem feste Grundlagen für die Anwendung im einzelnen und namentlich auf moderne Rechtsverhältnisse zu gewinnen, wird zunächst eine eingehendere Untersuchung und Entwicklung der Rechtsgrundsätze für die Stellvertretung im Besitze nothwendig. In dieser Beziehung wird die unmittelbar für den Besitzerwerber stattfindende Stellvertretung, insbesondere auch die Stellvertretung durch den bisherigen Besitzer (constitutum possessorium), sodann die mittelbare Stellvertretung im Besitze (Substitution) behandelt werden.

Für die Anwendung der als richtig erkannten Grundsätze bietet sich dann auf handels- und seerechtlichem Gebiete die Besitzabtretung bei Veräußerung von Seeschiffen, bei Versendung veräußerter Waaren und bei Begebung von Waarenpapieren als praktischer Gegenstand von hervorragender Wichtigkeit dar.

Ein etwas casuistisches Verfahren bei diesen Untersuchungen wird für die Begründung der richtigen Rechtssätze unvermeidlich. Dasselbe wird aber auch neue Belege liefern, wie die Vorliebe der Theorie für die Generalisirung und Systematik ohne die Mühe der casuistischen Arbeit zu Sätzen verführt, welche in ihrer Allgemeinheit oder in ihrer formalen Fassung nicht haltbar sind. Gerade durch solche Sätze getäuscht, gelangt die richterliche Praxis zu unrichtigen Ergebnissen oder wird in einem instinctiv richtigen Rechtsgefühle zu einer naturwidrigen Behandlung des Thatbestandes bei der Subsumtion unter das vermeintliche Recht gezwungen.

Bieten neue Rechtsbildungen Schwierigkeiten für die Construction, so darf die Untersuchung selbstverständlich nicht zu willkürlichen Fictionen oder Symbolen greifen, aber auch nicht bei dem bloßen Dasein eines gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Satzes genügsam stillstehen. Um die Anwendungssphäre eines solchen Satzes festzustellen und eine Lösung für die offen gelassenen

Fragen zu gewinnen, muß die Untersuchung nothwendig seinen innern Zusammenhang mit dem Rechte nebst den hieraus entspringenden Folgesätzen entwickeln; es muß die innere Structur der vorhandenen Rechtsbildung zur klaren Erkenntniß gebracht werden. Die juristische Operation kann hiebei eine einfache sein oder eine complicirte werden; das eine wie das andere ist für das Resultat völlig unentscheidend. Manches Gebilde in der Natur erscheint äußerlich höchst einfach, vor dem Auge der zerlegenden Forschung besteht es aus verschiedenen, oft sehr feinen Zusammensetzungen. So auch im Gebiete des Rechts. Entscheidend ist die wissenschaftliche Wahrheit, und diese wird gewonnen, wenn das innere Wesen der Rechtsbildung naturgemäß ergründet (Diagnose des Sachverhalts) und richtig unter die Grundsätze des Rechts gestellt wird (rechtliche Subsumtion). Ist diese Auffassung begründet, so darf die Construction neuer Rechtsbildungen den leichten Vorwurf der „Künstlichkeit" oder „complicirten" Gestaltung nicht scheuen.

Die handels- und seerechtliche Abtheilung dieser Abhandlung hat bereits das Archiv für Wechselrecht und Handelsrecht in dem laufenden Bande Neue Folge I. S. 128 ff. veröffentlicht mit dem Vorbehalte, einzelne angewendete besitzrechtliche Grundsätze in der civilrechtlichen Abtheilung, welche ihrem Umfange nach den nächsten Zweck der Zeitschrift etwas überschritten haben würde, näher zu begründen. Die gegenwärtige Separatausgabe bringt nun die civilrechtlichen Untersuchungen über die Stellvertretung im Besitze, enthält aber zugleich jene moderne Rechtspartie, um das Ganze, die allgemeinen Rechtsgrundsätze und ihre Anwendung auf ein so wichtiges Gebiet des Rechtsverkehrs, im Zusammenhange zu geben.

II. Grundsätze über die Stellvertretung im Besitze.

A. Besitz-Stellvertretung im Allgemeinen.

1) Entstehung des Besitzes.

§. 2.

Besitz kann durch Stellvertretung für einen Andern entstehen, und zwar nicht nur für eine Person, welche gesetzlich vertreten

werden muß, sondern auch für Jemand, der selbstständig handlungsfähig ist[1]). Nur eine Stellvertretung im Sachenbesitz für selbstständig handlungsfähige Personen haben die folgenden Untersuchungen im Auge.

Wie die Stellvertretungshandlung nach dem äußerlichen Momente beschaffen sein müsse, wird verschieden beurtheilt nach Verschiedenheit der Lehre von dem materiellen Besitzesbegriffe. „Wie ist es möglich, durch fremde Handlungen das Bewußtsein physischer Herrschaft über eine Sache zu erlangen?"[2]) So stellt sich die Frage für die Doctrin, welche ein solches Bewußtsein zum Besitze verlangt. Es muß durch einen Andern „das Moment der thatsächlichen Gewalt beschafft" werden[3]), wenn dasselbe zum Besitzerwerb gehört. Anders dagegen, wenn „die Art, wie der Eigenthümer thatsächlich sein Eigenthum ausübt"[4]), den Maßstab für das Dasein des Besitzes bildet; dann muß auch die Art, wie das Eigenthum thatsächlich durch fremde Menschenkräfte ausgeübt wird, bei der Besitzstellvertretung entscheiden[5]).

Es genügt für das äußere Besitzmoment bei der Stellvertretung ein solches thatsächliches Verhältniß, in welchem die Sache nach ihrer ökonomischen Bestimmung dem Eigenthumszwecke zu dienen pflegt. Diese Auffassung beherrscht das

---

1) L. 1. §§. 9. 20. D. de adquir. vel amitt. poss. (41, 2), l. 3. §. 12. eod. l. 53. l. 20. §. 2. D. de adquir. rer. dom. (41, 1); s. ferner die Stellen in Note 8. u. 13. Bayer. Landrecht II. 5. §. 5. Nr. 4. Preuß. Landrecht I. 7. §. 45. Sächs. Gesetzbuch §. 203. Cod. civ. art. 2228.

2) v. Savigny, Besitz §. 26. S. 304.

3) Windscheid, Pandectenrecht II. Aufl. §. 155. Nr. 1., vgl. auch §. 149. in Note 1.

4) Ihering, Grund des Besitzesschutzes S. 160. (Beiträge I. S. 136.).

5) Manchmal trifft es zusammen, daß Beherrschungsmaßregeln auch zur thatsächlichen Eigenthumsausübung getroffen werden: cf. l. 3. §. 14. D. de poss. — Erner, die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition S. 92. und 93., findet in der „Besitzergreifung mittelst Gewahrsame" .... „eine Analogie zur Stellvertretung, wenn man will, sachliche Stellvertretung". Allein die Benutzung der äußern Natur ist nicht „sachliche Vertretung" einer Person; eine sachliche Vertretung ist nur unter den Sachen oder Naturkräften im Verhältniß zu einander denkbar. Die Maschine vertritt nicht die Person, sondern die physische Kraft des Menschen; „fungirt" in dem Beispiele von Erner für den abwesenden Pfarrer „der Opferstock gleichsam als seine exponirte .... Tasche", so vertritt der Opferstock die Tasche und diese die Hand, ist daher nicht „der steinerne Stellvertreter des Pfarrers".

wirkliche Rechtsleben und läßt sich mit den Rechtsquellen am besten vereinen (§. 1. Note 5). Dieselbe wird auch nicht ganz ohne Einfluß auf das Willensmoment sein, welches nun näher zu betrachten ist.

Der Stellvertreter will den Besitz nicht für sich, sondern für einen Andern. Der Vertretene muß den Besitz für sich wollen.

Will der Vertreter mit Rücksicht auf einen Andern den Besitz, aber zunächst für sich und erst mit einem weitern Acte für den Andern, so ist diese Vermittlung des Besitzes nicht nothwendig eine Stellvertretung im Besitze; die Mittelsperson erwirbt auf eigenen Namen, wenn auch, wie bei einer Einkaufscommission, auf Rechnung des Andern, und es muß noch ein Willensact hinzukommen um den weitern Besitzübergang zu bewirken, sei es eine wirkliche Uebergabe oder ein possessorisches Constitut[6]).

Es kann aber der Besitz sofort für einen Andern ohne einen Durchgang durch die Mittelsperson gewollt sein. Solch ein Besitzerwerb für einen Andern durch Stellvertreter ist schon im Römischen Rechte zulässig, während dasselbe für den Erwerb von Forderungen den entgegengesetzten Grundsatz wenigstens als Regel festhält[7]). Dazu ist erforderlich, daß der Vertreter den Besitz ohne weiteres für den Andern oder m. a. W. in dessen Namen ergreife[8]).

6) L. 59. D. de acquir. rer. dom. (41, 1): Res ex mandato meo emta non prius mea fit, quam si mihi tradiderit, qui emit. Der Kauf ist vom Beauftragten geschlossen zunächst mit der Wirkung für seine Person (nach Röm. Rechte die Regel beim contrahere suo nomine wie alieno nomine); derselbe hat aber auch zunächst an sich selbst vom Verkäufer tradiren lassen, muß somit seinerseits noch an den Auftraggeber tradiren. Cf. l. 2. C. de his qui a non dom. (7, 10), l. 135. §. 2. D. de verb. oblig. (45, 1). Deutsches Handelsgesetzbuch Art. 360. und 368. Vgl. Ihering, Jahrbb. f. Dogmatik des heutigen Römischen und Deutschen Privatrechts I. 312., Scheurl ebenda II. S. 20 fg. und 72 fg., Ihering ebenda I. 324 fg. II. 87 fg. und 113 fg. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts §. 66. Note 10 bis 15. (Einkaufscommissionär), wo auch die weitere Literatur angegeben ist.

7) Eine consequente Anwendung enthält l. 49. §. 2. D. de adqu. vel amitt. poss. (41, 2): Etsi possessio per procuratorem ignoranti quaeritur, usucapio vero scienti competit, tamen evictionis actio domino contra venditorem invito procuratore non datur, sed per actionem mandati eam cedere cogitur. Besitz wird also sofort erworben, der Evictionsanspruch muß erst abgetreten werden. Vgl. auch Windscheid, Pand. §. 73. Note 11.

8) L. 13. D. de acqu. rer. dom. (41, 1): Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine, dominium mihi id est proprietas adquiritur; l. 20. §. 2. eod.: Si ego et Titius rem emerimus, eaque

In der Besitzergreifung für den Andern liegt somit eine Willenshandlung des Vertreters selbst, er ist hierin nicht das bloße Organ oder Werkzeug der Willenserklärung des Vertretenen; nicht die Ueberbringung der Erklärung des Erwerbwillens genügt; es ist mehr nothwendig zum Besitzerwerb, nämlich die Besitznahme seinerseits für den Vertretenen, das ist aber ein eigener Willensact des Vertreters [9]). Zu diesem Acte gehört nicht gerade eine juristisch unbeschränkte Handlungsfähigkeit, sondern genügt die natürliche Befähigung. Daher kann auch ein Unmündiger mit der entsprechenden Verstandesentwicklung stellvertretungsweise Besitz erwerben [10]).

Die rechtliche Stellung allein, z. B. das Verhältniß eines Bediensteten, reicht ohne ein äußerlich stellvertretungsmäßiges Auftreten nicht hin; treuloser Weise kann ein solcher Vertreter auch einmal den Besitz für sich wollen und diesem Willen gemäß handeln, dann erlangt der Herr den Besitz nicht [11]).

Titio et quasi meo procuratori tradita sit, puto mihi quoque quaesitum dominium, quia placet, per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse, et per hanc dominium; l. 47. D. de usucap. (41,3): Si emtam rem mihi procurator, ignorante me, meo nomine apprehenderit, quamvis possideam ... Vgl. l. 49. §. 2. D. de poss. (Note 7.) l. 42. §. 1. D. eod. Bayer. Landrecht II. 5. §. 5. Nr. 4: „wenn selbe (possessio) nur statt seiner und auf seinen Namen ergriffen wird." Cod. civ. art. 2228: „en notre nom". Vgl. Ihering, Jahrbb. f. Dogm. I. 324 fg.

9) Ihering, Jahrbb. f. Dogm. I. 287. Erner, die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition S. 128. Note 13. Windscheid, Pand. §. 73. in Note 11. und §. 155. Note 10., scheint anderer Meinung zu sein; ebenso Randa, Besitz nach Oesterr. Recht §. 20. Note 32. Man kann sich wohl vorstellen, daß Jemand einen Menschen als bloßes Werkzeug seines eigenen Willens zu einem Besitzerwerb benutzt, wie etwa ein abgerichteter Hund zum Stehlen gebraucht werden kann. Dann handelt es sich aber nicht um eine Besitzergreifung von Seite des Werkzeugs für ihn, sondern um seine eigene Besitzergreifung, die nach seinen Besitzhandlungen zu beurtheilen ist. Sendet er z. B. sein Werkzeug ohne seine Begleitung zum Erwerbe aus, so kann er erst erwerben, wenn ihm die Sache zugebracht wird, sei es auch nur in seinen nahen Gesichtskreis.

10) L. 1. §. 9. D. de poss.: Caeterum et ille, per quem volumus possidere, talis esse debet, ut habeat intellectum possidendi; l. 1. §. 11. eod.: Quodsi impuberem miseris ad possidendum, incipies possidere.

11) L. 1. §. 19. D. de poss. (41,2): nam si jubeas servum tuum possidere et is eo animo intret in possessionem, ut nolit tibi, sed potius Titio adquirere, non est tibi adquisita possessio. L. 1. §. 20. eod. Nicht entgegen l. 6. D. de donat. (39, 5): plane si mercenarius meus exemit, mihi exemit, welche Stelle von der Herausnahme eines Steins für den Dienstherrn

Der Besitzwille des Vertretenen spricht sich aus durch die Ermächtigung zum Erwerb des Besitzes, sei es im besondern oder im allgemeinen.[12]) Die Ermächtigung muß zur Zeit der Erwerbshandlung vorhanden sein (Vollmacht, Auftrag), wenn der Besitz sofort für den Vertretenen entstehen soll. Kenntniß des Erwerbs durch den Stellvertreter ist für den Vertretenen, welcher seinen Erwerbswillen schon voraus erklärt hat, nicht erforderlich[13]). Im Falle nachfolgender Genehmigung kann erst mit dieser für den Vertretenen Besitz entstehen, da vorher der nothwendige Besitzwille nicht vorhanden ist[14]).

Soll auf Grund einer Besitzabtretung (Tradition) der Besitz für den Vertretenen erworben werden, so ist die Willensrichtung auf denselben von Seite des Besitzabtretenden nothwendig, sofern es nach dem Geschäfte überhaupt auf die Person des Erwerbers ankommt.

---

handeit. Ihering, Jahrbb. I. S. 334. scheint mir nicht das Gegentheil zu behaupten, sondern nur zu sagen, daß gegenüber der „objectiven und äußerlich erkennbaren" d. i. rein thatsächlich sich offenbarenden Richtung des Erwerbsactes auf den Principal eine abweichende „subjective" d. i. rein innerlich gebliebene Absicht des Stellvertreters nicht in Betracht komme. Vgl. unten §. 3. Note 8.

12) Bremer, Zeitschr. f. Civilrecht und Proceßrecht N. F. XI. S. 211 fg. und XVII. Nr. 8. Weitere Literatur in Windscheids Pand. §. 155. Note 9. Dazu Goldschmidt, Handbuch §. 66. Note 5. Erner a. a. O. S. 133. Note 29. Erkenntniß des Oberappellationsgerichts zu Oldenburg vom 14. November 1850 (Seuff. Arch. V. 106.), Celle 2. December 1845 (Seuff. Arch. II. 135.). — Savigny, Besitz S. 316. (§. 26.) verlangt zum Besitzerwerb durch Vertreter einen Auftrag, in welchem „besonders dieser einzelne Erwerb enthalten ist." Siehe dagegen auch Rudorff das. im Anh. Nr. 93.

13) L. 13. pr. D. de adqu. rer. dom. (41,1): Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine, dominium mihi id est proprietas adquiritur, etiam ignoranti; l. 49. §. 2. D. de adq. vel amitt. poss. (41,2): Etsi possessio per procuratorem ignoranti quaeritur ....; l. 47. D. de usuc. (s. Note 8.); l. 1. C. de adqu. et ret. poss. (7,32): Per liberam personam ignoranti quoque acquiri possessionem ...; §. 5. I. per quas pers. (II. 9): quod per liberam personam veluti procuratorem placet non solum scientibus, sed et ignorantibus adquiri possessionem ...; cf. l. 42. §. 1. D. de poss. (Note 14.). Sächs. Gesetzbuch §. 203.

14) L. 42. §. 1. D. de poss.: Procurator, si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi adquirit possessionem; quod si sua sponte emerit, non nisi ratam habuerit dominus emtionem. L. 24. D. de neg. gest. (3,5). Sächs. Gesetzbuch §. 203. Satz 2.

Die Besitzabtretung bildet zwar keine Rechtsübertragung, da der Besitz kein Recht ist, sondern als Thatsache auf Seite des Erwerbers neu entsteht, aber sie ist doch eine Besitzaufgebung zu Gunsten desselben[15]). Aus diesem Gesichtspunkte ist insbesondere ein Irrthum des Besitzabtretenden bezüglich der Person des Erwerbers von Einfluß[16]). Da nun der Besitzer zu Gunsten derjenigen Person, auf die es ankommt, nicht den Besitz aufgeben kann, wenn er nichts von ihr weiß, so muß die Beziehung des Geschäfts auf die Person, für welche durch den Vertreter Besitz erworben werden soll, auch äußerlich erkennbar werden[17]).

Die Beziehung auf den Vertretenen kann ohne ausdrückliche Erklärung des Vertreters schon aus den Umständen, insbesondere aus dessen äußerer Stellung, oder aus dem Veräußerungsgeschäfte selbst hervorgehen. So wird sich, wenn ein Diener Einkäufe für

15) L. 34. pr. D. de poss.: ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub conditione recessit de possessione; l. 18. pr. D. de vi (43,16): quia nemo eo animo esset, ut amitteret possessionem propter emtorem, quam emtor adeptus non fuisset. Vgl. Windscheid, Pand. §. 156. Note 5. Rudorff im Anh. Nr. 111. zu Savigny's Besitz. Cf. l. 38. §. 1 D. de poss. — Dagegen l. 18. §. 1. D. de poss. (Ansicht des Celsus). Randa, Besitz §. 22. Note 9. und S. 217., nimmt keine Bedingtheit an, wenn nicht „der Trabent das Aufgeben des Besitzwillens wirklich an eine Bedingung geknüpft" hat. Erner s. Note 17.

16) L. 15. §. 1. D. de cond. indeb. (12, 6): quemadmodum si falso existimans possessionem me tibi debere alicujus rei tradidissem, condicerem; cf. l. 52. §. 21. l. 43. §. 1. D. de furt. (47,2). Vgl. Windscheid, Pand. §. 161. insbes. in Note 2.

17) Vgl. l. 13. u. l. 20. §. 2. D. de adqu. rer. dom. in Note 8. („tradita meo nomine", „quasi meo procuratori tradita"). Jhering, Jahrbücher I. 312. 331 (soll heißen 330.) und 332., erklärt daher mit vollem Recht die Beziehung des Geschäfts auf die Person des nichtanwesenden Erwerbers als ein „Moment des Geschäftes selbst". Nicht beizustimmen ist Erner a. a. O. S. 140. in Note 46., insoweit er Jhering bezüglich der Fälle bekämpft, in welchen Jemand für eine „bestimmte" Person auf Grund einer Besitzabtretung empfängt. Es handelt sich ja nicht darum, ob der Vertretene Besitz überhaupt, sondern ob er solchen mit Willen des bisherigen Besitzers erlange (cf. l. 5. D. de poss.), wie auch Erner S. 13. a. a. O. selbst die positive Seite der Tradition als den Willen, „daß der Andere besitze", hervorhebt, dagegen den Willen, daß der bisherige „Besitz aufhöre", nur als „das secundäre, consecutive" betrachtet. Noch wichtiger ist der Unterschied für Fälle, in welchen die bestimmte Person nicht oder nicht sofort Besitzer werden kann, wie z. B. vor der Genehmigung des Vertretenen. Siehe unten §. 4. Vgl. übrigens Note 18.

seinen Herrn auf Rechnung (Credit) zu besorgen pflegt und ihm der Verkäufer in Kenntniß dieses Verhältnisses die gekauften Gegenstände übergibt, die Willensrichtung auf den Herrn von selbst ergeben. Vgl. Handelsgesetzbuch Art. 52. Absatz II. u. Art. 298. Oder das Veräußerungsgeschäft ist ohne Vertretung geschlossen, während die Uebergabe der Sache auf Grund desselben an einen Vertreter stattfinden soll; hier kann der Uebergebende in Erfüllung des Geschäftes nur den Vertretenen im Auge haben.

Die Willensrichtung des Besitzabtretenden auf den Vertretenen ist unwesentlich, wenn für seine Besitzabtretung die Person des Erwerbers gleichgiltig ist, wie z. B. bei gewerbmäßiger Veräußerung gegen sofortige Zahlung (Zug um Zug). Dasselbe wird anzunehmen sein, wenn die Mittelsperson auf eigenen Namen, aber für Rechnung oder zu Gunsten eines Dritten das Erwerbsgeschäft geschlossen hat und es sich um die Uebergabe der Sache an die Mittelsperson handelt. Hier wird dem Uebergebenden ganz gleichgiltig sein, ob dieselbe den Besitz zunächst für sich, um ihn sodann dem Dritten abzutreten, oder sofort für den Dritten erwerbe[18]). Bei solcher Indifferenz in Betreff der Erwerbsperson genügt der Abtretungswille gegenüber dem Empfänger, mag dieser für sich oder wen immer erwerben[19]). Indem sich der Wille auf eine ge-

---

18) Mit dieser Annahme verliert die Note 17. berührte Streitfrage bedeutend in ihrem praktischen Umfange. Weiß der Uebergebende nichts von dem Verhältniß zu dem Dritten und hat daher den Empfänger als Erwerber im Auge, so wird zu unterscheiden sein. Darf nach dem Geschäftsinhalte nur dieser Besitzer sein, z. B. es wird ihm ein werth gehaltener Gegenstand oder ein verdientes Hausthier besonders billig verkauft mit der Auflage, daß er die Sache behalten müsse, sie nicht weiter geben dürfe (Affectionsinteresse), so kann er nicht mit Willen des Gebenden für einen Dritten Besitz erwerben, sondern nur geschäftswidrig und einseitig für ihn Besitz ergreifen mit den an einen solchen Erwerb sich knüpfenden Rechtsfolgen. Hat aber der Geber kein vernünftiges Interesse, daß gerade nur der Empfänger besitze, so muß ihm die Person des Erwerbers gleichgiltig sein, und wenn er auch „dem Empfänger für sich übergibt und dieser den nicht ausgesprochenen Willen hat, den Besitz für einen Andern zu erwerben" (Windscheid, Pand. §. 155. Note 7. g. E.), so kann der Geber Mangels eines jeden vernünftigen Interesse sich nicht darauf berufen, daß er den Besitz nur für den Fall des Erwerbs des Empfängers aufgeben, andernfalls gar nicht aufgeben wollte.

19) L. 9. §. 7. D. de adq. rer. dom. Cf. l. 5. §. 1. D. pro derelicto (41,7.). Goldschmidt, Handbuch §. 66. in Note 8.

wisse Person nicht beschränkt, ist die Meinung, daß zu Gunsten desjenigen abgetreten werde, welcher nach der Absicht und Bestimmung des Empfängers den Besitz haben soll.

§. 3.

An die entwickelten Grundsätze reihen sich einige wichtige Einzelfragen über die Beschaffenheit des Willens sowohl auf Seite des Vertreters als auch auf Seite des Vertretenen.

In Beziehung auf den Vertreter ist zu untersuchen, ob derselbe auch im Falle einer Besitzabtretung zu Gunsten eines Dritten (Tradition) die Absicht haben müsse, für diesen den Besitz zu ergreifen.

Wird das Veräußerungsgeschäft von einer Mittelsperson auf eigenen Namen und nur für Rechnung eines Dritten eingegegangen und handelt es sich bei der Besitzabtretung um einen sofortigen Besitzerwerb für den Dritten, so wird es zweifellos sein, daß hier nur der Willensact der Mittelsperson, auf deren Namen ja das Veräußerungsgeschäft geschlossen ist, entscheiden kann[1]). Dasselbe wird überhaupt in allen Fällen gelten, in welchen dem Uebergeber der Sache die Person des Erwerbers gleichgiltig ist[2]); denn hier hat der Uebergebende die bestimmte Erwerbsperson gar nicht im Auge, also muß der Empfänger auf dieselbe, wenn sie erwerben soll, den Besitzwillen richten.

1) Die Frage erhebt sich aber weit schwieriger bei der Besitzabtretung für eine bestimmte Person, sei es daß das Veräußerungsgeschäft vorher ohne Vertreter eingegangen wurde und ein solcher nur zur Uebernahme der Sache aufgestellt wird, oder sei es daß das Geschäft auf den Namen des Vertretenen mit einem ermächtigten Vertreter geschlossen worden ist und auch die Uebergabe an diesen Letzteren stattfindet. Betrachten wir in dieser Begränzung zunächst die Frage in einer umgekehrten Wendung: Was geschieht, wenn der Empfänger der Sache für sich oder eine andere als die bestimmte Person erwerben will?

a) Man darf sich hiebei das Sachverhältniß nicht so denken, daß der Empfänger dem Uebergebenden seinen vertretungs-

1) Vgl. §. 2. Note 8. u. 18.
2) Vgl. §. 2. Note 19.

widrigen Willen erkläre. Sonst würde ihm thatsächlich nicht übergeben werden oder der Uebergeber würde wirklich auf die Willenserklärung des Empfängers eingehen und damit einer andern als der bestimmten Person den Besitz abtreten[3]). Man denke sich vielmehr das Verhältniß so: Der Empfänger will über die Sache stellvertretungswidrig verfügen, ohne es dem Uebergebenden zu erklären, seine Absicht bleibt aber nicht innerlich, sondern er handelt auch äußerlich derselben gemäß, jedoch ohne Wissen des Uebergebenden. Z. B. er empfängt und gibt die Sache einem mitgenommenen Träger, welcher die vertretungswidrige Verfügung auszuführen hat, oder er hat die Sache verkauft und im Auftrag seines Käufers empfangen. Der Besitzabtretende befindet sich in einem thatsächlichen Irrthume, indem er der Meinung ist, der Empfänger ergreife den Besitz für die Person, welche er im Auge hat.

Anerkanntermaßen erwirbt hier der Uebernehmer kein Eigenthum für die von ihm gemeinte Person, weil der Uebergeber es nicht an diese, sondern an eine bestimmte andere Person übertragen will. Aber auch Besitz kann er nicht auf Grund der Uebergabe (Tradition) d. i. mit Zustimmung des bisherigen Besitzers für sich oder für eine andere als die bestimmte Person erlangen, sondern nur im Wege einer Besitzentziehung, weil zu Gunsten einer solchen Person auch eine Besitzabtretung nicht gewollt ist[4]). So entscheidet auch l. 37. §. 6. D. de adquir. rer. dom. (41,1) in den beiden ersten Sätzen, da „nihil agetur" auch auf die

3) Die von Bremer in der Zeitschrift f. C.-R. u. Pr. N. F. XI. S. 254. angeführten Fälle sind nicht von der Art, diesen Einwand zu beseitigen. „Verweigert" der Vertreter des Käufers wegen Nichtempfangbarkeit der Sache („erhebliche Fehler") „die Empfangnahme" und erklärt er auf die bei ihm dessenungeachtet erfolgte Niederlegung, „daß er den Gegenstand lediglich für den Verkäufer aufheben wolle," so fehlt es hier überhaupt an einer Empfangnahme für eine andere Person als die des Gebers, kann sohin von einer „Tradition" schon deßhalb nicht die Rede sein. In dem andern Falle erklärt der vom Käufer zum Empfang Beauftragte, welcher in dem Kaufsgegenstande eine ihm selbst abhanden gekommene Sache erblickt, daß er nicht für den Käufer, sondern für sich selbst empfange, damit spricht er aus, daß er den Auftrag nicht vollziehen, nicht Mandatar sein könne (renunciatio), folglich kann der Verkäufer vernünftiger Weise nicht erklären, „daß er jedenfalls an den Beauftragten abliefern" wolle; er übergibt in der That an den Nicht-Vertreter als Nehmer für sich selbst.

4) S. §. 2. Note 15. 16 und 17.

Besitzabtretung im Gegensatz zur Besitzentziehung anwendbar ist, nicht bloß von der Eigenthumsübertragung gilt[5]).

Erlangt aber derjenige, welchen der Uebergebende bei der Besitzabtretung im Auge hat, den Besitz? Nein, der Wille des Uebergebenden wie der Wille des vermeintlichen Erwerbers begegnet einem Hinderniß; es fehlt an der Stellvertretung für diese Person, weil der Empfänger nicht als ihr Stellvertreter handelt und nicht schon die Ermächtigung zur Vertretung, sondern die Stellvertretungshandlung entscheidet[6]).

Savigny bejaht die Frage, indem er in l. 37. §. 6. cit. bei den Worten nihil agetur hinzudenkt: ex mente procuratoris[7]). Hiegegen scheint der Schlußsatz der Stelle zu sprechen: Quod si servus communis hac mente acceperit, ut duorum dominorum faceret, in parte alterius domini nihil agetur. Wäre nämlich in den vorhergehenden Sätzen die von Savigny angenommene Beschränkung stillschweigend gemeint, so hätte auch in dem Schlußsatze die ausdrückliche Beschränkung: „in parte alterius domini" wegbleiben können; da aber hier nihil agetur ausdrücklich auf den Andern beschränkt wird, kann umgekehrt geschlossen werden, daß das vorhergehende nihil agetur unbeschränkt, also auch für denjenigen gilt, welchem der Uebergebende schenken wollte. In dem Falle, welchen der Schlußsatz behandelt, trifft der Wille des Uebergebenden und Empfängers zum Theil zusammen; letzterer handelt wenigstens zum Theil, wenn auch nicht im vollen Sinne des Veräußerungsgeschäftes, als Vertreter des Beschenkten. Erlaubt die Schlußstelle eine Folgerung aus dem Gegentheil, so entscheidet sie für einen Eigenthumserwerb nur zu einem Theile durch Stellvertretung. Der Vertreter hat für den Beschenkten nicht allein, somit nur zum Theil erworben; für den Andern,

5) L. 37. §. 6. cit.: Si cum mihi donare velles, jusserim te servo communi meo et Titii rem tradere isque hac mente acciperet, ut rem Titii faceret, nihil agetur. Nam et si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur.

6) L. 1. §§. 19. 20. D. de poss. Vgl. oben §. 2. Note 11.

7) v. Savigny, Besitz S. 306. Note 3., welchem Rudorff beizustimmen scheint, Anh. Nr. 92. Dieselbe Ansicht vertritt Arndts, Pand. §. 140. Note 4. Selbst Bremer a.a.O. XI. S. 265. scheint die Frage, wie sie oben gestellt ist, zu bejahen, indem er auf einen entgegengesetzten Willen des Empfängers nur dann Gewicht legt, wenn er sich gegenüber dem Tradenten äußert. Vgl. über die Literatur Windscheid, Pand. §. 155. Note 7.

welchem nicht geschenkt worden, ist nichts geschehen, somit bleibt der Veräußerer noch Theileigenthümer (in einer communio incidens) und muß bezüglich desjenigen Theiles, der in Folge des in der Handlung des Vertreters liegenden Hindernisses nicht übertragen werden konnte, noch ein den Eigenthumserwerb begründender Vorgang hinzukommen.

b) Die dem Geschäftswillen nicht entsprechende Absicht des Stellvertreters kann möglicherweise gar nicht der Außenwelt sich offenbaren. Es tritt Jemand bei der Empfangnahme einer Sache als Stellvertreter auf, sei es daß er es ausdrücklich erklärt oder vorher das Veräußerungsgeschäft auf Namen des Dritten geschlossen hat, oder sei es daß er seiner Stellung oder den Umständen nach als Stellvertreter sich darstellt; seine vertretungswidrige Absicht bleibt aber rein innerlich, nicht bloß dem Besitzabtretenden gegenüber, sondern überhaupt, während er sich äußerlich ganz so wie ein Vertreter verhält.

Eine solche Absicht kann vermöge ihres rein innerlichen Bestandes den Besitzerwerb durch Stellvertretung nicht hindern, weil eine nicht geäußerte Absicht einer äußern Handlung die rechtliche Wirkung nicht entziehen kann. Aber es handelt sich bei der Vertretung auch um das Dasein des erforderlichen Willensmomentes in der Person des Vertreters. Dies ist nun ein Punkt, auf welchen der Besitzbegriff von Einfluß ist.

Muß das Dasein des Besitzes nach der „Art, wie der Eigenthümer thatsächlich sein Eigenthum ausübt", bemessen werden, so genügt das äußerliche Auftreten als Stellvertreter in unserm Falle für den Besitzerwerb des Vertretenen. Thatsächlich pflegt man das Eigenthum durch Handlungen Bediensteter oder sonst ermächtigter Personen auszuüben ohne Rücksicht auf deren innerliche Absicht, so lange dieselbe keinen äußeren vertretungswidrigen Ausdruck erlangt[8]). Solche Handlungen müssen darum

8) L. 3. §. 18. D. de poss.: sed si eam loco non moveris, et inficiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt, possessorem me manere, cf. l. 1. §. 2. l. 67. D. de furt. (47, 2). Nicht entgegen l. 47. D. de poss., indem hier Nachlässigkeit als Grund des Besitzverlustes angegeben wird; cf. l. 37. §. 1. D. de usurp. (41, 3). Sächs. Gesetzb. §. 195: Durch seinen Willen allein kann derjenige, welcher eine Sache für einen Andern inne hat, seine Inhabung nicht in Besitz verwandeln. Vgl. oben §. 2. in Note 11. Ihering.

bei einer Uebergabe auch genügen für den Erwerb des Eigenthumsbesitzes seitens der auch nur dem äußerlichen Verhältnisse nach vertretenen Person. Innerlich mag bei einer solchen Handlung was immer beabsichtigt sein, es kommt nichts darauf an, so lange dieselbe äußerlich dem Vertretungsverhältnisse entspricht.

Diese Auffassung stimmt überein mit der Anschauung im gewöhnlichen Verkehrsleben wie auch mit einem die Rechtsordnung von dem moralischen Bereiche unterscheidenden Grundzuge.

Die Quellen enthalten keinen entgegengesetzten Ausspruch; vielmehr läßt sich zur Unterstützung die in dem Worte „quasi" einen nicht ganz unerheblichen Unterschied von l. 37. §. 6. cit. andeutende l. 13. D. de donat. anführen, welche von jenem Grundsatz ausgeht, wenn sie auch einen andern Fall zu behandeln scheint (vgl. Note 11.)[9]).

Für unsere Frage ergibt sich somit der Rechtssatz: Bei einer Besitzabtretung zu Gunsten einer bestimmten Person genügt das äußerliche Auftreten des ermächtigten Empfängers als Stellvertreters derselben; auf seine innerliche Absicht kommt nichts an, sofern er nicht stellvertretungswidrig handelt. Das wenn auch nur äußerliche Auftreten als Stellvertreter für einen Andern ist nach der gegenwärtigen Entwickelung des Besitzrechtes unerläßlich für den Besitzerwerb. Der Grund liegt darin, daß der Besitz als eine Thatsache behandelt wird; soll nun die Thatsache des Empfangs einer Sache die

9) Die jetzt herrschende Meinung versteht l. 13. cit. von dem Fall einer bloßen „Mentalreservation". So Bremer a. a. O. XI. S. 266. („heimliche Absicht"). Windscheid, Pand. §. 155. Note 7. Aufl. II. Witte, Ztsch. f. C.-R. u. Proc. N. F. XVIII. S. 290. O.-A.-G. Darmstadt, Erk. v. 1. Sept. 1855 (Seuff. Arch. X. 134.). Arndts, Pand. §. 140. Note 4., welcher meint, daß wohl auch Savigny die Stelle nicht anders verstanden habe. Exner a. a. O. S. 137. in l. 13. cit. u. l. 37. §. 6. cit. „einander geradezu widersprechende Lehrmeinungen zweier römischen Juristen über dieselbe Lehrfrage" erblickend, meint, man müsse sich „für die eine oder andere entscheiden" u. gibt der l. 37. §. 6. den „Vorzug"; er ist der Ansicht (S. 138.), daß der Empfang des Vertreters „in der (erweislichen) Absicht selbst das Eigenthum ... zu erwerben", ein Hinderniß für den Erwerb des Dritten bildet. Randa, Besitz S. 206., behauptet für das österr. Recht: „Da hier der Repräsentant nicht den Willen hat, für denjenigen Besitz von der Sache zu ergreifen, für den er ihm übergeben wird, so erwirbt dieser gewiß nicht den Besitz." So einfach liegt die Frage jedoch nicht. Die beiden letzten Schriftsteller nehmen nicht weiter Rücksicht auf das äußerlich stellvertretungsmäßige Handeln.

Wirkung eines Besitzerwerbs für einen Andern als den Empfänger äußern, so muß diese Thatsache eine äußerliche Beziehung auf die Person dieses Andern haben, d. i. sie muß seitens des Empfängers in Stellvertretung für denselben geschehen[10]).

2) Wenden wir uns zur Beurtheilung des Einflusses eines Irrthums seitens des Vertreters bei einer Besitzabtretung, so ergibt sich aus der vorigen Betrachtung der entscheidende Grundsatz von selbst. Hindert die vertretungswidrige oder unredliche Absicht, so lange sie ein rein innerer Vorgang in der Seele des Vertreters bleibt, den Besitzerwerb der bestimmten Person nicht, so muß auch eine irrthümliche Meinung, welche die äußerliche Stellvertretungshandlung selbst in keiner Weise beeinträchtigt, als unwesentlich und einflußlos betrachtet werden. Einige Beispiele mögen diesen mit den gewöhnlichen Anschauungen im Rechtsverkehr übereinstimmenden Satz klar machen.

a) Der Vertreter befindet sich in Irrthum bezüglich der bestimmten Person des Erwerbers. Z. B. ein Kaufmann macht zu seinem Privatgebrauche eine Bestellung und ersucht seinen Geschäftstheilhaber, das Bestellte durch den Ausgeher holen zu lassen; der abgesandte dem Verkäufer bekannte Ausgeher erhält den bestellten Gegenstand und bringt ihn in das gemeinsame Geschäftslocal. Hatte derselbe in der Meinung empfangen, als ob die Sache dem Geschäftstheilhaber gehöre, welcher ihn fortschickte, so kommt auf diesen Irrthum nichts an, weil die äußerliche Vertretungshandlung im Verhältniß zum Besteller als Dienstherrn dadurch unberührt blieb.

Von dem Falle eines solchen Irrthums möchte schon nach grammatikalischer Auslegung die l. 13. D. de donat. (39,5.) zu verstehen sein[11]). Ulpian entscheidet hier für den Besitzerwerb

---

10) Rein theoretisch ließe sich wohl eine Besitzübergabe zu Gunsten eines abwesenden Dritten ohne irgend eine Stellvertretung denken bloß vermöge des Willens des Veräußerers und des abwesenden Dritten, daß der Besitz an den Letzteren durch Uebergabe der Sache an eine bestimmte Person übergehen solle. Damit würde aber der Besitz als ein Recht behandelt werden, welches durch bloße Willenserklärung an Jemand abgetreten und von ihm erworben werden könnte, — ein Standpunkt, zu welchem das Besitzrecht nicht vorgeschritten ist. Vgl. auch §. 2. Note 9. oben.

11) Qui mihi donatum volebat, servo communi meo et Titii rem tradidit, servus vel sic accepit, quasi socio adquisiturus, vel sic, quasi mihi

seitens des beschenkten Miteigenthümers des Sclaven, obgleich der Sclave in der (irrthümlichen) Meinung, für den andern Miteigenthümer oder für beide zu erwerben, empfing; auf gleiche Weise entscheidet derselbe, wenn der Stellvertreter in der (irrthümlichen) Meinung, für sich selbst zu erwerben, in Empfang nimmt. Die Stelle ist aus dem VII. Buche von Ulpians Disputationen entnommen; aus demselben Buche ist l. 34. D. de poss., welche in §. 1. gleichfalls über einen Irrthum des Stellvertreters handelt und im nämlichen Sinne über den Besitzerwerb entscheidet.. (Vergleiche Note 12). Die Beziehung der l. 13. cit. auf den Fall eines Irrthums erhält hiemit eine weitere Unterstützung.

b) Der Vertreter irrt bezüglich des Geschäftes. Z. B. ich lasse mir ein von einem Bücherverleiher gekauftes Buch abholen, der Beauftragte, ohne Kenntniß von dem Kauf, empfängt das Buch in der Meinung, daß ich es geliehen erhalte. Der Irrthum erlangt keinen thatsächlichen Ausdruck, wodurch das äußerliche Vertretungsverhältniß berührt würde, ist daher einflußlos.

c) So verhält es sich auch mit einem Irrthum bezüglich des Gegenstandes bei der Empfangnahme durch einen Vertreter, wenn derselbe nicht den rechten Gegenstand übernehmen will, ihn aber wirklich doch erhält. Z. B. der Vertreter ergreift eine andere als die veräußerte Sache, der Veräußerer wechselt sie aber mit dem richtigen Gegenstande aus, ohne daß es jener bemerkt, oder er wird in der Meinung, das Grundstück B zu übernehmen, in das Grundstück A eingewiesen, welches dem Vertretenen in der That übertragen werden sollte. Von einem solchen Falle ist die berührte l. 34. §. 1. de poss. zu verstehen, nach welcher der Irrthum des Vertreters über den Gegenstand (cf. l. 34. pr. eod.) einflußlos ist, wenn der Vertretene den Irrthum nicht theilt[12]).

---

et socio; .... et placet, ... mihi tamen adquiri; nam et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi adquirit. So bedeutet z. B. auch in l. 3. D. de pignerat. act. (13, 7.) „quasi recepturus" die irrthümliche Meinung des Pfandgläubigers, sogleich Bezahlung zu erhalten.

12) L. 34. §. 1. cit.: sed si procurator meus erret, ego non errem, magis est, ut acquiram possessionem. Exner a. a. O. 130. u. 131. erachtet den Irrthum über die Identität der Sache seitens des Repräsentanten als einen wesentlichen Mangel und nimmt einen unwirksamen Act sogar dann an, „wenn der Repräsentant gerade die Sache, welche er ergreifen sollte — aber in der Meinung, er habe eine andere Sache vor sich — wirklich ergriffen hat." Er be-

§. 4.

Wir kommen nun zu Einzelfragen in Betreff des Willensmomentes auf Seite des Vertretenen. In dieser Beziehung ist die Genehmigung als der erst nach der Erwerbshandlung eintretende Besitzwille des Vertretenen, ferner das Verhältniß, in welchem der Vertretene die Erlöschung der Vollmacht dem Veräußerer nicht entgegensetzen darf, endlich der Einfluß eines Irrthums auf Seite des Vertretenen zu betrachten.

1) Die der Erwerbshandlung nachfolgende Genehmigung von Seite des Vertretenen enthält den nachträglichen Besitzwillen desselben; erst mit diesem Momente kann für ihn Besitz entstehen.[1]) Nun wird aber darüber gestritten, ob die Genehmigung auch bezüglich des Besitzes rückwirkende Kraft habe. Zur Lösung dieser Frage wird wesentlich beitragen, wenn man sich zuerst das Verhältniß während der Zwischenzeit klar macht.

Vernünftigerweise muß bei der Erwerbshandlung vor der Genehmigung gewollt sein, daß die Sache in irgend einem Besitze sein solle. Nun steht fest, daß der Vertretene vor seiner Genehmigung den Besitz nicht haben kann; auch kann der Besitz, als eine Thatsache, nicht schwebend sein. Bei einer einseitigen Besitzergreifung muß daher der nicht ermächtigte Vertreter (negotiorum gestor) die Sache zunächst selbst besitzen wollen. Auch bei der Uebergabe einer Sache zum Besitze kann, wenn dem Uebergebenden der gegenwärtige Mangel einer Ermächtigung gleichgiltig ist und er deßwegen seinen Besitz sofort aufgeben will, nur angenommen werden, daß zunächst der Vertreter Besitzer sein wolle, weil es der Vertretene noch nicht sein kann. In solchen Fällen muß also der Nehmer der Sache vorläufig im eigenen Namen Besitz erwerben, wenn auch für Rechnung derjenigen Person, die er als endlichen Erwerber im Auge hat. Die nachfolgende Genehmigung kann folgeweise, wenn auch zurückwirkend, nur dieses Sachverhältniß zum Gegenstande, mithin bezüglich des Besitzerwerbes nur die rechtliche Wirkung für den Genehmigenden

---

ruft sich auf l. 34. D. de poss. und auf die „Consequenz" aus dem Besitzerwerb ohne Vertretung; allein l. 34. §. 1. de poss. sagt das Gegentheil und die „Consequenz" trifft nicht zu, weil ja die äußerliche Stellvertretungshandlung und der Wille des Vertretenen zusammen die wesentlichen Momente enthalten. Vgl. auch Note 8. §. 4.

1) Vgl. oben §. 2. Note 14.

haben, welche ein Auftrag für seine Rechnung, nicht auf seinen Namen, zu handeln gehabt hätte. Vgl. Handelsgesetzbuch Art. 360. Mit der Genehmigung wird er berechtigt wie verpflichtet, den Besitz vom Nehmer an sich abtreten zu lassen. Von einer Rückwirkung bezüglich des Besitzerwerbs kann sohin hier nicht die Rede sein.

Bei einer Besitzübergabe für den Vertretenen kann jedoch auch gemeint sein, daß der Besitz, bevor die Genehmigung eintritt, noch bei dem Uebergeber bleibe, sohin der Nehmer bis dahin für denselben inhaben solle. In diesem Falle ist der Nehmer Inhaber unter einer Bedingung. Wenn die Genehmigung eintritt, soll er nicht mehr für den Uebergeber, sondern für den Vertretenen inhaben; mit dem Eintritt der Genehmigung macht er diesen zum Besitzer, weil er nun dem Geschäftswillen gemäß für ihn inne hat. Auch hier wirkt sohin die Genehmigung nicht bezüglich des Besitzerwerbes zurück.

Etwas anders liegt der Fall, wenn der Uebergebende in der Meinung, es bestehe eine Ermächtigung des Vertreters zum Erwerbe für den Dritten, die Sache nur mit Rücksicht auf diesen übergeben hat. Die Besitzabtretung steht hier unter der Bedingung des Erwerbs von Seite der bestimmten Person[2]), dieselbe kann vor der Genehmigung nicht Besitzer werden; der Besitz bleibt also noch bei dem Uebergebenden, der Empfänger ist lediglich Inhaber (detentor)[3]).

In diesen Fällen trifft die Genehmigung eine Besitzesthatsache auf Seite anderer Personen, einen Mangel dieser Thatsache auf Seite des Genehmigenden; dieses Thatsächliche kann die Genehmigung nicht ändern[4]). Es handelt sich daher nicht

2) S. §. 2. in Note 15.

3) Für die Fortdauer des Besitzes ist es auch gleichgiltig, ob sich der Inhaber den Uebergebenden noch als Besitzer denkt oder nicht. S. unt. §. 5. Note 10.

4) Eine Analogie bietet das jus postliminii. Kehrt der Kriegsgefangene, welcher den Besitz verloren hat, wieder zurück, so erlangt er seine Rechte rückwärts, wie wenn er nicht in die Gefangenschaft gerathen wäre, l. 19. D. de capt. et postlim. (49, 15.). Bezüglich des Besitzes tritt aber keine Rückwirkung ein, der unterbrochene Besitz kann nicht hergestellt werden, weil die thatsächliche Besitzentsetzung durch die Gefangenschaft nicht mehr zu ändern oder die mangelnde Thatsache des Besitzes nicht herzustellen ist. L. 19. D. ex quib. caus. (4, 6.): placet interruptam possessionem postliminio non restitui, quia haec sine possessione non consistit, possessio autem

um eine einfache Zurückbeziehung des Besitzwillens des Vertretenen [5]).

2) Hieran soll sich eine Betrachtung der Fälle reihen, in welchen das Recht zum Schutze dritter in gutem Glauben mit einem Vertreter handelnden Personen bestimmt, daß denselben das Erlöschen der Vertretungsbefugniß nicht entgegengesetzt werden kann [6]). Dem Vertreter kann das Erlöschen seiner Befugniß bekannt sein oder nicht; der Dritte, welcher noch an den Vertreter übergibt, darf keine Kenntniß davon haben, weil er im guten Glauben sein muß.

---

plurimum facti habet .... L. 12. §. 2. D. de capt. et postlim.: Facti autem causae infactae nulla constitutione fieri possunt. L. 23. §. 1. D. de poss. Nur diejenigen, welche in einem Gewaltverhältniß zum Gefangenen standen, können Besitz („ex re peculiari") erwerben und fortsetzen, welcher vermöge der Herstellung jenes Gewaltrechts als für den Rückkehrenden erworben oder fortgesetzt gilt. L. 23. §. 3. D. quib. ex caus., l. 15. pr. D. de usurp. (41,3), l. 12. §. 2. D. de captiv. Aus dieser Bestimmung läßt sich für die Fälle der Genehmigung keine Analogie ableiten, da, abgesehen vom Peculiarvermögen, das rechtliche Gewaltsverhältniß in Beziehung auf den Geschäftsführer mangelt, überdies eine Restitution und die Rückbeziehung einer Genehmigung verschiedene Dinge sind.

5) v. Savigny, Besitz S. 316. Note 1: „Ein Zurückrechnen, welches hier bei eigentlich juristischen Handlungen stattfindet, gilt bei dem Besitz natürlich nicht." Derselben Ansicht ist Chambon, neg. gestio S. 171. u. 172. Ebenso Ob.-Trib. Berlin, Erk. v. 6. Oct. 1846 (Seuff. Arch. III, 10). Sächs. Gesetzbuch §. 203: „Ergreift Jemand ohne Auftrag Besitz für einen Andern, so erwirbt Letzterer denselben von der Genehmigung an." Dagegen Randa, Besitz §. 20. Note 16: „Bei der nachträglichen Genehmigung wird nach dem Begriffe derselben der Besitzwille des Ratihabenten auf den Zeitpunkt der Apprehension zurückbezogen." Dabei wird übersehen, daß der Besitz als Thatsache bis zur Genehmigung nicht schwebend sein kann, wie eine Rechtswirkung, und darum der Besitzwille für die Zeit vor der Genehmigung auf eine entgegenstehende Besitzthatsache stößt. Dasselbe gilt gegen die von Randa angeführte Entscheidung des Obertribunals Berlin v. 18. Juli 1863. Auch Erner a. a. O. S. 134. nimmt „nach rückwärts Giltigkeit" an. — Die von Goldschmidt, Handbuch S. 613. Note 4., als „entscheidend" für die Rückwirkung angeführten Stellen, nämlich l. 7. C. ad S. C. Maced. (4, 28.) u. l. 25. C. de donat. int. vir. et ux. (5, 16.) passen nicht auf Besitzverhältnisse.

6) L. 12. §. 2. D. de solut. (46, 3.); cf. l. 11. §. 2. D. de inst. act. (14, 3.). Thöl, Handelsrecht §. 31 d. Note 1—3. Handelsgesetzbuch Art. 46. 87. 233. 500. Ges. des Norddeutsch. Bundes, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften §§. 23. und 42. Bayerisches Ges. gleichen Betreffs Art. 23. u. 42.

a) Weiß der Vertreter von dem Erlöschen seiner Vertretungsbefugniß und empfängt er mit Rücksicht auf den vormaligen Principal, so handelt er als nicht-ermächtigter Geschäftsführer (neg. gestor). Der Erwerbswille des Vertretenen besteht nicht mehr, derselbe kann daher nicht sofort Besitzer werden. Eigenthümlich ist aber hiebei, daß dem redlichen Uebergeber der Mangel der Vertretungsbefugniß nicht entgegengesetzt, mithin diesem gegenüber die Genehmigung nicht versagt werden kann. Der Geschäftsherr muß daher, wenn er von dem Geschäft Kenntniß erhält und nach den gegebenen Voraussetzungen die für ihn daraus entspringende Verbindlichkeit nicht beanstanden kann, den Besitz wollen und wird damit Besitzer.

Wie ist das Verhältniß in der Zwischenzeit? Der Dritte will, daß der Vertretene den Besitz erwerbe, Mangels eines Besitzwillens auf dessen Seite aber kann der Vertreter denselben nicht sofort zum Besitzer machen; dieser, jenen Mangel kennend, muß also des Willens sein, erst mit dem Zeitpunkte, wo derselbe Besitzer werden kann, für ihn die Sache inne zu haben, folglich hat er, sofern er dem Geschäfte gemäß, welches auf eine bestimmte Person gerichtet ist, auch nicht für sich besitzen darf, die Sache vorläufig für den Uebergeber inne, welcher seinerseits den Besitz nur bedingt aufgibt[7]). Vorerst bleibt noch der Uebergebende Besitzer, bis in dem bezeichneten Zeitpunkte der Vertretene Besitzer wird. Anders, wenn dem Uebergeber die Person des Erwerbers gleichgiltig ist; dann darf der Nehmer für sich Besitz erwerben und hat den Vertretenen noch besonders zum Besitzer zu machen.

b) Weiß der Vertreter selbst nichts von dem Erlöschen seiner Befugniß und läßt sich für den Vertretenen übergeben, welchenfalls dieser auch ihm gegenüber die Erwerbshandlung anerkennen muß, so will er sofort für den Geschäftsherrn inhaben. So lange nun dieser den Vertreter von der Zurücknahme der Ermächtigung nicht verständigen konnte oder doch im Zweifel über dessen Kenntniß sich befindet, kann er vernünftigerweise seinen bisherigen Besitzwillen noch nicht oder doch nur bedingt, nämlich für den Fall einer solchen Kenntniß, aufgeben, weil er annehmen muß, der Vertreter handle so lange für ihn, bis er das Erlöschen seiner

7) S. oben §. 2. in Note 15.

Vertretungsbefugniß erfährt. Der Geschäftsherr erwirbt daher durch den Vertreter sofort den Besitz.

Nimmt er aber die Kenntniß des Vertreters an und hat er mithin den Willen, durch denselben zu erwerben, bestimmt aufgegeben, so kann er erst mit den bezeichneten entscheidenden Momenten Besitzer werden. Der Uebergeber verliert seinen Besitz, sofern er ihn nur zu Gunsten des Vertretenen aufgeben wollte, in der Zwischenzeit nicht, weil derselbe noch nicht erwerben konnte, der Vertreter für sich nicht erwerben wollte und sein Wille, für den Vertretenen zu besitzen, zur Zeit wirkungslos ist.

3) Was endlich den Irrthum des Vertretenen betrifft, so kann ein solcher hier nur insofern betrachtet werden, als er sich auf ein zum Besitzerwerb gehöriges Erforderniß bezieht.

Ist der Irrthum von der Art, daß er die Vertretungsbefugniß hinsichtlich des Besitzerwerbs ausschließt, so mangelt das nothwendige rechtliche Verhältniß zwischen der handelnden und derjenigen Person, welche erwerben soll, und kann deßhalb der Besitzerwerb nicht stattfinden. Z. B. Jemand gibt irrthümlich den Auftrag, die Sache A in Besitz zu nehmen, während er die Sache B meinte, und der Beauftragte die erstere in Besitz nimmt; oder der ohne Auftrag Vertretene genehmigt eine Empfangnahme in der Meinung die Sache geliehen zu erhalten, während sie der Vertreter auf Grund einer Veräußerung empfangen hat. In diesen Fällen fehlt es an der Ermächtigung, die empfangene Sache zu erwerben, und zugleich an dem erforderlichen Besitzwillen des Vertretenen.

Umgekehrt kann ein Irrthum, welcher das Vertretungsverhältniß nicht berührt, auch den Erwerbswillen des Vertretenen im wesentlichen nicht berühren; dann ist der Irrthum ohne Einfluß. Wenn ich meine Vertretung bezüglich eines Besitzerwerbes im Besondern oder im Allgemeinen will, so will ich nothwendigerweise auch den Besitzerwerb. Unter diesem Gesichtspunkte ist auch die l. 34. §. 1. D. de poss., insofern sie den Irrthum des Vertretenen für unschädlich erklärt, sehr einleuchtend[8]). Läßt sich mein Verwalter für mich das Grundstück A im Bereiche seiner allgemeinen Vertretungsbefugniß abtreten, während ich der Meinung bin, es handle sich um das Grundstück B, so erwerbe ich

8) Sed si non mihi, sed procuratori meo possessionem tradas, videndum est, si ego errem, procurator meus non erret, an mihi possessio adquiratur? Et cum placeat, ignoranti adquiri, poterit et erranti.

den Besitz des erstern durch meinen Verwalter eben so gut, wie wenn ich von dem Erwerbe gar nichts erfahren hätte.

2) Ausübung und Verlust bestehenden Besitzes.

§. 5.

Als Stellvertreter in der Besitzausübung kann Jeder betrachtet werden, welcher eine in dem Besitz eines Andern befindliche Sache inne hat, sei es mit Willen oder auch ohne den Willen (negot. gestor) des Besitzers. Der Wille des Besitzers spricht sich hiebei nicht bloß durch Auftrag (mandatum) oder Vollmacht aus, sondern auch durch Ueberlassung der Sache zum Gebrauche oder Uebergebung zur Aufbewahrung, Dienstverrichtung oder Weiterbeförderung[1]).

Diese Vertretung im bestehenden Besitze hat ihrem Gegenstande nach weit weniger einen juristischen Charakter als die Vertretung im Besitzerwerb[2]). Man darf auch die Erfordernisse hinsichtlich des thatsächlichen sowie des Willens-Momentes beim Besitzerwerb nicht ohne Weiteres auf die Ausübung eines bestehenden Besitzes durch Vertreter anwenden. Wie die Entstehung einer Thatsache und die Fortdauer eines thatsächlichen Zustandes sich unterscheiden, so treten auch bei der Entstehung und bei der Fortdauer des Besitzes rechtliche Unterschiede hervor.

Gemäß der wirthschaftlichen Bestimmung der Sachen muß der erworbene Besitz fortdauern, auch wenn er thatsächlich

---

1) L. 9. D. de poss.: Generaliter quisquis omnino nostro nomine sit in possessione, veluti procurator, hospes, amicus, nos possidere videmur. L. 1. §. 22. D. de vi (43,16.): Quod servus, vel procurator, vel colonus tenent, dominus videtur possidere. L. 12. C. de acqu. et ret. poss.: sive servus, sive procurator vel colonus vel inquilinus vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere. L. 25. §. 1., l. 32. §. 1. D. de poss. (Pacht, Miethe), l. 30. §. 6. eod. (Commodat, Depositum), l. 39. eod. (Sequestration zur Aufbewahrung), l. 60. §. 1. D. locat. (19,2.). Vgl. Handelsgesetzbuch Art. 374. (Commission), Art. 382 (Spedition), Art 409. u. Art. 624. (Verfrachtung).

2) Auf das thatsächliche Verhältniß der Besitzausübung beschränkt enthält die Repräsentation im bestehenden Besitze keine Ermächtigung zum Erwerb eines Besitzes. Daher muß die Frage, ob dem Verpächter durch einen Erwerbsact des Pächters Besitz erworben sei, in die weitere Frage aufgelöst werden, ob eine negot. gestio vorliege oder nicht, und ersternfalls, ob die Besitzerwerbshandlung genehmigt worden sei.

nicht beſtändig ausgeübt wird. Hiemit ſtimmt auch das Recht überein[3]). Daraus ergibt ſich ein wichtiger Folgeſatz: Soweit der Beſitz fortdauert ohne thatſächliche Ausübung außer dem Falle einer Stellvertretung, muß er auch fortdauern in dem Falle einer Stellvertretung, obgleich dieſelbe aufhört. Dieſer Satz iſt mit der Auffaſſung, welche zur Fortdauer des Beſitzes die Möglichkeit fordert, das Verhältniß unmittelbarer Herrſchaft nach Willkür zu reproduciren[4]), ſchwer in Einklang zu bringen, namentlich wenn jene Möglichkeit in der Perſon des Stellvertreters gedacht wird[5]).

---

3) L. 3. §. 11. D. de poss.: Saltus hibernos aestivosque animo possidemus, quamvis certis temporibus eos relinquamus; l. 1. §. 25. D. de vi (43,16.): ex omnibus praediis, ex quibus non hac mente recedimus, ut omisisse possessionem vellemus, idem est; §. 5. I. de interd. (4,15.): si non relinquendae possessionis animo, sed postea reversurus inde discesserit, retinere possessionem videatur; l. 4. C. de adqu. et ret. poss. (7,32.): Si ergo praediorum desertam possessionem non derelinquendi affectione transacto tempore non coluisti, sed motus necessitate culturam eorum distulisti: praejudicium tibi ex transmissi temporis injuria generari non potest. In Betreff beweglicher Sachen beſtätigen die Quellen, daß durch eine vorübergehende Entfernung oder Nichtauffindung der Beſitz nicht verloren geht: L. 3. §. 13. in fine D. de poss., l. 44. pr. eod., l. 4. §. 5. D. de acq. rer. dom. Bayer. Landr. II. 5. §. 9. Nr. 5.; Preuß. L.-R. I. 7. §. 130; Sächſ. Geſetzb. §. 212.

4) v. Savigny, Beſitz §. 31. S. 339. u. 353.

5) So drückt ſich Windſcheid, Pand. §. 155., folgenderweiſe aus: „Ich habe in meiner thatſächlichen Gewalt auch dasjenige, was ein Anderer in ſeiner thatſächlichen Gewalt hat, vorausgeſetzt daß dieſer des Willens iſt, es nicht für ſich, ſondern für mich zu haben. Daher beſitze ich, was ein Anderer mit dem bezeichneten Willen in ſeiner thatſächlichen Gewalt hat.“ Deßhalb auch die Schlußfolge in §. 157.: „Was den Beſitz angeht, welcher durch einen Stellvertreter ausgeübt wird, ſo ergibt ſich aus dem Begriff desſelben, daß er verloren wird .... 2) dadurch, daß dem Vertreter die beliebige Einwirkung auf die Sache unmöglich wird.“ Dies wäre richtig, wenn jenes Gewaltverhältniß auf Seite des Vertreters ein Beſitzerforderniß wäre. Dasſelbe wird „unmöglich“, wenn der Vertreter ſtirbt oder aus irgend einem Unfalle nicht mehr zum Beſitzthum zurückkehren kann; gleichwohl hört der Beſitz nicht auf, wie Windſcheid in der „Reihe von poſitiven Ausnahmen“ ſelbſt anerkennt. Vgl. Note 11. unten. Ueber die gewaltſame Entſetzung des Vertreters ſ. §. 6. Note 34. fg. Von dem herrſchenden Syſtem beeinflußt erſcheint auch das Sächſ. Geſetzbuch §. 215: „Vertritt ein Anderer den Beſitzer in der Ausübung des Beſitzes, ſo iſt der Verluſt des Beſitzes der Sache nach dem Verhältniſſe des Vertreters zur Sache zu beurtheilen“. Vergleicht man hiezu §. 216., ſo wird gerade das Umgekehrte zur Regel.

Der Satz findet aber gleichwohl ſeine Anerkennung in den Rechtsquellen [6]).

Von dieſem Geſichtspunkte erklärt ſich vollkommen, warum auch der Beſitzverluſt nicht nach dem Aufhören der Stellvertretung allein, ſondern nach weiter hinzutretenden Umſtänden, insbeſondere auch nach dem Verhalten des bisherigen Beſitzers zu beurtheilen iſt. Nach dem Wegfall der Stellvertretung hört der Beſitz der Sache erſt auf, wenn der Beſitzer ſeinen Beſitzwillen aufgibt [7]), oder ein Anderer den Beſitz ergriffen hat [8]). Als eine thatſächliche Beſitzaufgebung gilt die Vernachläſſigung des Beſitzes; wer thatſächlich zeigt, daß ihm an dem Beſitze nichts liege, wird rechtlich ſo behandelt, als habe er nicht mehr den Beſitzwillen [9]).

---

6) L. 3. §. 8. D. de poss.: Quodsi servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint discesserintve, animo retinebo possessionem. L. 25. §. 1. eod.: Et si moriantur aut furere incipiant, ... intelligimur, nos retinere possessionem. L. 44. §. 2.; l. 40. §. 1. eod.; l. 31. D. de dolo (4,3.): Cum quis persuaserit familiae meae, ut de possessione decedat, possessio quidem non amittitur. Cf. l. 7. D. pro emtore (41,4.). Hiegegen kommt l. 31. D. de poss. (si colonus non deserendae possessionis causa exiisset de fundo et eo rediisset, eundem locatorem possidere placet), wenn überhaupt dieſe Stelle in den Worten non deserendae possessionis ein argumentum a contrario erlauben würde, jedenfalls ſeit Juſtinians Conſtitution l. 12. Cod. de adqu. et ret. poss. (7, 32.) nicht mehr in Betracht (ſ. Note 10).

7) Vgl. die Stellen in Note 6. mit l. 3. §§. 6. 9. u. l. 17. §. 1. D. de poss.

8) L. 44. §. 2. D. de poss.: ejus vero, quod servi vel etiam coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem, quam si eam alius ingressus fuisset. L. 40. §. 1. eod: Sed haec ita esse vera, si nemo extraneus eam rem interim possederit. L. 33. §. 4. D. de usurp. L. 1. §. 22. D. de vi (43,16.). Nach preuß. Rechte L.-R. I. 7. §. 122. nur dann, „wenn ein Anderer den Beſitz einer aus der Gewahrſam des vorigen Beſitzers gekommene Sache auf eine fehlerfreie Art (§. 96 — 108.) ergriffen hat."

9) L. 40. §. 1. D. de poss.: quo mortuo non statim dicendum, eam (sc. possessionem) interpellari, sed tunc demum, cum dominus possessionem adipisci neglexerit. L. 47. eod.: forsitan illa ratio est, quod rerum mobilium neglecta atque omissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum adferre consuevit. L. 37. §. 1. D. de usurp. (41, 3.), l. 3. §. 13., l. 13. D. de poss., l. 4. C. de adqu. et ret. poss., cf. l. 12. C. eod. Jhering, Grund des Beſitzesſchutzes S. 210 fg. betrachtet „die diligentia als ein unentbehrliches Erforderniß des Beſitzers." v. Savigny, Beſitz S. 360. (§. 32.), läßt die Annahme zu, „daß er den Beſitz

Nach allem diesem ergibt sich in Beziehung auf die Besitzausübung durch Stellvertretung der Schluß, daß der Wille des Stellvertreters für die Fortdauer bestehenden Besitzes gar nicht in Betracht kommt; nicht einmal seine Untreue zu Gunsten eines Andern, nicht sein Zueignungswille entzieht für sich allein dem Vertretenen den Besitz [10]).

Diese entschiedene Gleichgiltigkeit des Willensmomentes in der Person des Vertreters für den Fortbestand des Besitzes muß um so mehr hervorgehoben werden, als sie in der Strömung der herrschenden Doctrin nicht nur nicht beachtet wird, sondern auch nicht selten die für den Besitzerwerb geltenden Willenserfordernisse unzulässiger Weise auf die Ausübung eines bestehenden Besitzes durch Stellvertreter übertragen werden [11]). Bei der Anwendung der Rechtsgrundsätze der Stellvertretung im Besitze auf handels- und seerechtliche Verhältnisse wird von jener Indifferenz des Willens mehrfach Gebrauch zu machen sein.

---

habe aufgeben wollen"; vgl. auch Rudorff im Anh. Nr. 113. Anderer Meinung Windscheid, Pand. §. 156. in Note 5., welcher für l. 37. §. 1. cit. Besitzesverlust „in der Aufhebung des körperlichen Moments" findet.

10) L. 12. Cod. de aqu. et. ret. poss. (7,32.): definimus, ut sive servus sive procurator vel colonus vel inquilinus vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cujuscunque roi dereliquerit vel slii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere, nihil penitus domino praejudicii generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat. L. 3. §. 18. D. de poss.: sed si eam loco non moveris, et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt, possessorem me manere, cf. l. 15. eod. Sächs. Gesetzb. §. 216.: „Der Besitzer verliert den Besitz nicht, wenn sein Vertreter stirbt oder willensunfähig wird, auch nicht durch den bloßen Willen des Letzteren, den Besitz aufgeben oder selbst oder für einen Dritten besitzen zu wollen."

11) Auch Windscheid, Pand. §. 157, bringt in dieser Beziehung dem herrschenden System wenigstens der Form nach seinen Tribut: „Was den Besitz angeht, welcher durch einen Stellvertreter ausgeübt wird, so ergibt sich aus dem Begriffe desselben, daß er verloren wird, ... 2) dadurch, daß ... derselbe aufhört für den Vertretenen besitzen zu wollen." In der That hebt Windscheid aber den letzteren Satz durch „eine Reihe von positiven Ausnahmen" auf: „der Besitz wird nicht verloren durch den Tod des Vertreters, nicht durch die eintretende Willensunfähigkeit desselben, nicht dadurch, daß er den Besitz aufgibt." In Beziehung auf das körperliche Moment s. Note 5. oben.

§. 6.

In Beziehung auf den Besitzverlust durch Besitzergreifung von Seite eines Andern stellt die herrschende Lehre eine Ausnahme auf für Grundstücke. Nach derselben soll der Besitz an einem Grundstücke für den Abwesenden nicht schon mit der Besitzergreifung eines Andern, sondern erst dann verloren gehen, wenn der bisherige Besitzer davon Kenntniß erhält und den Besitzergreifer zu vertreiben unterläßt oder nicht im Stande ist. Mit andern Worten: dem gewaltsamen Besitzer wird „juristischer" Besitz zuerkannt, dem „heimlichen" Besitzer abgesprochen [1]).

Die Frage berührt auch die Stellvertretung im Besitze. Während nämlich für den Abwesenden die Entsetzung seines Vertreters aus dem Besitze Besitzverlust zur Folge hat (Note 34.), sollte die Besitzergreifung Mangels einer Vertretung keine solche Wirkung haben, mithin durch den Stellvertreter im ersten Falle Besitz verloren gehen. Die bezeichnete Lehre leidet meines Erachtens an einem innern Widerspruche und erklärt sich aus einer nicht zutreffenden Berufung auf die Unzulässigkeit eines Doppelbesitzes.

Warum soll die Besitzergreifung eines Andern gegenüber dem Sorglosen, der in seiner Abwesenheit keinen Vertreter bestellt, den Besitz nicht ändern, da sie doch demjenigen den Besitz entzieht, dessen aufgestellter Vertreter überwältigt wird oder der Gewalt weicht? Wie kann die „Gewaltthätigkeit", welche nach derselben Lehre gerade den Grund für den Schutz der gestörten oder entzogenen „factischen Herrschaft" bildet [2]), selbst einen Besitzesschutz für den gewaltsamen Besitzer begründen, welcher dem „heimlichen" Besitz versagt sein soll? Eine vorurtheilslose Prüfung der römischen Rechtsquellen ergibt auch nicht eine Bestätigung solcher Widersprüche. Wer dem Besitzer eines Grundstückes in dessen Abwesenheit den Besitz entzieht, hat Alles auf seiner Seite, was nach der herrschenden Lehre zur Besitzerwerbung gehört. Die Abwesenheit des Besitzers kann hieran

1) v. Savigny, Besitz §. 11. S. 177. u. 180., §. 15. S. 216., §. 31. S. 348. Vgl. Windscheid, Pand. §. 156. Note 4., §. 160. Note 2. u. 6. v. Vangerow, Pand. §. 207. Anm. 1. u. 2. Auch Ihering, Grund des Besitzschutzes S. 101., schließt sich hierin der herrschenden Meinung an. — In dem sächs. Civ.-Ges. Buch §. 214. hat dieselbe Ansicht Ausdruck erlangt.

2) v. Savigny, Besitz §. 2. S. 30 fg., §. 6. S. 49., §. 35. S. 384.

nichts ändern, Besitz ist ja eine „Thatsache"! Die Thatsache dieses Besitzes schließt den bisherigen Besitz des Abwesenden aus.

Fragt man nun nach den rechtlichen Wirkungen eines solchen Besitzes, so wird derselbe Dritten gegenüber geschützt; also ist er auch ein „juristischer" Besitz, wie die einschlägigen Stellen der Pandecten auf's klarste bestätigen[3]). Gegenüber dem Verdrängten hat auch der gewaltsam entzogene Besitz keinen rechtlichen Schutz[4]).

Betrachten wir nun das Verhältniß des bisherigen Besitzers. Erwirbt in seiner Abwesenheit ein Dritter den Besitz von dem „heimlichen" Besitzer, so kann der bisherige Besitzer dem Dritten seine Abwesenheit nicht entgegenhalten, er unterliegt im Besitzstreite mit diesem[5]). Somit ist es nicht die Abwesenheit, noch der fortdauernde Besitzwille, was den Besitz zu bewahren vermöchte. Ist dagegen derjenige, welcher ihm in der Abwesenheit den Besitz entzog, noch im Besitze, so ist dieser Besitz dem bisherigen Besitzer gegenüber ein fehlerhafter, dieser wird geschützt, der „heimliche" Besitzer unterliegt im Besitzstreite mit ihm[6]).

---

3) L. 1. §. 9. D. uti possid. (43,17.): Quod ait praetor in interdicto: nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, hoc eo pertinet, ut, si quis possidet vi, aut clam, aut precario, si quidem ab alio, prosit ei possessio. L. 2. eod.: Justa enim an injusta adversus caeteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert; qualiscunque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet. L. 1. §. 5. l. 3. pr. eod. L. 53. D. de poss.: Adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet. — Auch Savigny, welcher „juristischen" Besitz des heimlichen Occupanten bestreitet (s. oben Note 1.), gibt zu, daß derselbe in dem Interdictenverfahren gegenüber Dritten geschützt ist (Besitz §. 38. S. 410. u. 411.; vgl. auch S. 454. Note 1.).

4) L. 1. §. 5,9., l. 3. pr. D. uti possid.; cf. l. 3. §. 10. eod. So auch das Sächs. Gesetzb. §. 207. u. §. 190.

5) L. 53. D. de poss. l. 1. §. 5,9. l. 2. l. 3. pr. D. uti possid. (s. in Note 3.). Bruns, Jahrb. f. gem. d. Recht IV. 46., zweifelt selbst für diesen Fall, ob der Nachfolger „eigentlichen Besitz" erlange, wohl wegen zu weiter Ausdehnung der l. 12. Cod. de poss. Nach dem canonischen Rechte (c. 18. X. de rest. spol. 2,13.) kommt jedoch noch das Erforderniß hinzu, daß der Nachfolger den Besitzmangel des Vorfahrers nicht gekannt habe. Ebenso Sächs. Gesetzbuch §. 206.; vgl. auch Bayer. L.-R. II. 5. §. 11. Nr. 3.

6) L. 1. §. 5, 9. D. uti possid.: si vero ab adversario suo (sc. possidet vi aut clam), non debeat eum propter hoc, quod ab eo possidet, vincere. L. 3. pr. eod.: si a me possides, superior sum interdicto. Ebenso nach Sächs. Gesetzb. §§. 207. u. 190.

Hält man diese Rechtssätze zusammen, so zeigen sich verschiedene Rechtswirkungen nach Verschiedenheit der Verhältnisse. Der Besitzergreifer hat gegenüber Dritten Besitzesschutz, insoweit also juristischen Besitz; im Verhältnisse zum bisherigen Besitzer dagegen hat sein thatsächlicher Besitz einen rechtlichen Mangel und insoweit nicht die rechtliche Besitzeswirkung. Wie hat sich die Besitzlehre diese rechtlichen Erscheinungen zu construiren?

Die Thatsache des Besitzes ist vollzogen durch die Besitzergreifung, wenn auch in Abwesenheit des bisherigen Besitzers. Thatsächlich hört dessen Besitz auf, aber das Recht macht in den Wirkungen eine billige Ausnahme zu seinen Gunsten im Verhältniß zum Besitzentzieher, indem es ihn dem Letztern gegenüber so behandelt, als ob sein Besitz fortdauere, und zwar so lange, als nicht ein anderer Verlustgrund hinzutritt, sei es sein Unterliegen gegenüber der Gewalt des Besitzergreifers[7]) oder seine Besitzaufgebung ohne solche Gewalt[8]), oder aber ein Besitzerwerb durch einen Dritten[9]). Es liegt hier keine unverträgliche possessio in solidum vor: Dritten gegenüber besitzt nicht jeder von beiden, sondern nur der Besitzergreifer; im Verhältniß zu einander besitzen auch nicht beide, sondern Besitzer ist eben derselbe, aber seinem Besitze mangelt in dieser Beziehung die rechtliche Wirkung[10]). Des thatsächlichen Besitzes ungeachtet behält der Abwesende vorläufig vermöge rechtlicher Ausnahmebestimmung (Fiction?) den Besitzesschutz[11]).

---

7) L. 25. §. 2, l. 7. §. 1. D. de poss.

8) L. 8. §. 9, l. 17. §. 1. vgl. mit l. 46. D. de poss. Cf. die Stellen in §. 5. Note 9. u. l. 7, l. 25. §. 2. D. de poss.

9) S. oben Note 5.

10) L. 1. §. 9. D. uti possid.: non debeat eum propter hoc, quod ab eo possidet, vincere; has enim possessiones non debere proficere, palam est.

11) L. 3. pr. D. uti possid.: si a me possides, superior sum interdicto. Er hat gegen den heimlichen Besitzer das interd. uti possidetis, wie wenn sein Besitz thatsächlich nur gestört worden wäre, und er gründet dasselbe auf die Unwirksamkeit des Besitzes, welchen der Gegner in seiner Abwesenheit ergriffen. Die Rolle im Streite, ob Kläger oder Beklagter, ist in dem judicium duplex gleichgiltig. S. unten Note 27. Vgl. auch Rudorff im Anhang zu Savigny, Bes. Nr. 157. Ueber das interdictum „de clandestina possessione" und die „exceptio" clandestinae possessionis vgl. Savigny, Bes. §. 41., ferner unten Note 28. a. E.

Einigermaßen eine Parallele zeigt das Recht auch bezüglich des gewaltſam erworbenen Beſitzes. Nach l. 17. D. de vi[12]) wird derjenige, welcher „durch Gewalt den Beſitz verliert und unmittelbar darauf wieder mit Gewalt den Beſitz occupirt"[13]), ſo angeſehen, als trete er in den vorigen Beſitzesgrund wieder ein, nicht als ſei er neuer gewaltſamer Beſitzer. Ungeachtet des thatſächlichen Beſitzverluſtes wird gegenüber dem Dejicienten vorläufig die Rechtswirkung des vorigen Beſitzes als fortbeſtehend angenommen, bis es ſich zeigt, ob der des Beſitzes Entſetzte den gewaltſamen Beſitzer nicht alsbald wieder vertreibt.

Vergleichen wir nun die Anſchauungen der römiſchen Juriſten über die betrachteten Verhältniſſe.

Paulus verwirft die Annahme eines Beſitzes Beider (in solidum) mit Bezug auf Labeo, welcher gleichfalls ſeine Mißbilligung ausſpricht, da beim Beſitz in der Hauptſache auf Rechtmäßigkeit nicht viel ankommt, l. 3. §. 5. D. de poss.[14]). Dieſe Aeußerung ſpricht für den Beſitz des Occupanten; damit ſtimmt der Ausſpruch von Paulus in l. 2. D. uti possid. vollkommen überein[15]), ſo daß im Zuſammenhalte hiemit ſeine Anſchauung in l. 3. §. 5. D. de poss.[16]) von dem interdictum uti possidetis des bisherigen Beſitzers gegen denjenigen zu verſtehen iſt, welcher ihm den Beſitz entzog[17]).

Ulpian iſt mit Labeo der Anſicht, daß der Occupant beſitze, aber fehlerhaft („clam") gegenüber dem Abweſenden, woraus er folgert („ergo"), der Abweſende behalte den Beſitz noch; daß aber, wenn der ankommende Eigenthümer nicht in den Beſitz gelaſſen wird, nicht heimlicher, vielmehr gewaltſamer Beſitz anzuneh-

---

12) Qui possessionem vi ereptam vi in ipso congressu recuperat, in pristinam causam reverti potius, quam vi possidere intelligendus est.

13) Savigny's Ueberſetzung, Beſitz S. 432.

14) Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt. ... Sabinus tamen scribit, eum qui precario dederit, et ipsum possidere et eum qui precario acceperit. Idem Trebatius probat existimans, posse alium juste, alium injuste possidere, vel duos juste non posse; quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, juste quis, an injuste possideat; quod est verius...

15) S. die Stelle in Note 3.

16) Sed si animo solo possideas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides.

17) Arg. l. 2. D. uti possid.: „adversus caeteros," ſ. Note 3.

men sei, l. 6. §. 1. D. de poss.[18]). Ulpians Aeußerung ist gleichfalls nur von der Erhaltung des interd. uti possidetis für den Abwesenden gegenüber jenem heimlichen Besitzer zu verstehen, indem Ulpian selbst den heimlichen Besitz nur in dieser Beziehung für unwirksam, dagegen andern Personen gegenüber für wirksam erklärt, somit einen eigentlichen Besitz auf Seite des Abwesenden nicht annimmt, l. 1. §. 9. D. uti possid.[19]); jenes interd. uti possidetis fällt aber hinweg, sobald die Voraussetzung des interd. de vi mit der Abhaltung des rückkehrenden Eigenthümers von dem Besitze eintritt[20]). Ulpian stimmt der Annahme eines Besitzes in solidum nicht bei[21]), und hebt in l. 3. pr. D. uti poss. als eine Consequenz derselben hervor, daß, wenn derjenige, welchem der Besitz heimlich entzogen worden, mit demjenigen streitet, welcher zwar heimlich, aber nicht ihm den Besitz entzogen hat, keiner von beiden siegen würde[22]). Nach Ulpians eigner Ansicht muß hier der heimliche Besitzer siegen, l. 1. §. 9. D. uti poss. (Note 3.), er will also nur die Unzuträglichkeit der Annahme eines Doppelbesitzes darlegen. Daraus ergibt sich aber, daß gerade Ulpian den heim-

18) Qui ad nundinas profectus neminem reliquerit et, dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere, Labeo scribit; retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit. Verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intellegi possidere, non clam.

19) S. Note 3. u. 6. Das „retinet ergo possessionem" in l. 6. §. 1. cit. will dasselbe wie „superior sum interdicto" in l. 3. pr. D. uti poss. (Note 11) sagen.

20) Dieser Ansicht steht nicht entgegen l. 6. pr. D. de poss.: Is autem qui, quum possideret non clam, se celavit, in ea causa est, ut non videatur clam possidere; non enim ratio obtinendae possessionis, sed origo nanciscendae exquirenda est. Wer gewaltsam Besitz erworben, kann diese Besitzesthatsache dadurch nicht ändern, daß er sich später als heimlicher Besitzer benimmt. Wenn dagegen der heimliche Besitznehmer den rückkehrenden Herrn nicht hereinläßt, so ist dies eine neue Thatsache für sich, welche eben eine gewaltsame Besitzhandlung bildet. — Thatsächliche Besitzesgründe sind verschieden von der Absicht, sich den Besitzgrund zu ändern, und werden auch im Rechte als mehrfache Gründe des Besitzes berücksichtigt. L. 3. §. 4. D. de poss. Dies gegen v. Savigny, Bes. §. 11. S. 181.

21) L. 5. §. 15. D. commodat. (13,6.).

22) L. 3. pr. cit.: Si quis proponeret possessionem justam et injustam; ego possideo ex justa causa, tu vi, aut clam; si a me possides, superior sum interdicto, si vero non a me, neuter nostrum vincetur, nam et tu possides et ego.

lichen Occupanten als juristischen Besitzer betrachtet und nur in dem Falle, wenn er seinen Besitz vom Gegner hat, diesem im Interdictenstreit den Vorzug gibt („superior sum interdicto").

Pomponius wirft in l. 25. §. 2. D. de poss. die Frage auf, ob der körperliche Besitz des Occupanten wirksamer („potior") sei, oder ob der Abwesende vorläufig noch fortbesitze, und entscheidet sich für das Letztere[23]); bei dieser Fassung der Frage und der Beantwortung („quasi magis probatur") läßt sich die zweite Alternative auch vom interd. uti possid. verstehen. In gleichem Sinne darf man dann auch den Ausspruch von Papinian in l. 46. D. de poss.[24]) auffassen.

Die Aussprüche der römischen Juristen zeigen nicht darüber einen Meinungsstreit, ob der heimliche Occupant Besitz erwerbe; sie gehen vielmehr davon aus, daß derselbe Besitzer sei. Der Streit bezieht sich nur auf das Verhältniß, in welchem der bisherige Besitzer (justus possessor) zu dem unmittelbaren Besitzer (injustus possessor) steht. In den Versuchen, sich dieses Verhältniß zurechtzulegen, gehen ihre Meinungen aus einander. Während Einige (Sabinus und Trebatius, cf. l. 3. §. 5. D. de poss.) einen Doppelbesitz annehmen, wird von Andern (Labeo und Paulus, cf. l. 3. §. 5. cit.) im allgemeinen entgegnet, daß es beim Besitz an sich nicht auf die Rechtmäßigkeit ankomme, und wird in Betreff jenes Verhältnisses bloß für den Schutz des bisherigen Besitzers eine Besitzbewahrung aufgestellt (Paulus, vergl. l. 3. §. 5. D. de poss. und l. 2. D. uti poss. mit l. 3. §. 7. D. de poss., Ulpian, vergl. l. 1. §. 9., l. 3. pr. D. uti possid. mit l. 6. §. 1. D. de poss., Pomponius, l. 25. §. 2. eod., Papinian, l. 46. eod.) und dieselbe als ein Besitz „solo animo" begründet. Uebrigens sind wir ja in Constructionsfragen an die Auffassungen der römischen Juristen nicht gebunden, sondern haben wir nur von den materiellen Rechtssätzen, hier den Rechtswirkungen, auszugehen.

23) L. 25. §. 2. cit.: quaeritur, utrumne usque eo possidemus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio, an vero, quod quasi magis probatur, usque eo possidesmus, donec revertentes nos repellat aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos ab eo, qui ingressus sit in possessionem? Et videtur utilius esse.

24) Quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret.

Faßt man nun das auf Grund der bezeichneten rechtlichen Wirkungen entwickelte Ergebniß kurz zusammen, so besteht dasselbe darin: Die in Abwesenheit eines Besitzers vollzogene Besitzergreifung eines Andern begründet juristischen Besitz; nur in einem Theile ist derselben die rechtliche Wirkung versagt, nämlich im Verhältnisse des unmittelbaren Besitzentziehers zum Abwesenden; der Abwesende verliert durch die Thatsache der Besitzergreifung seinen Besitz, aber im Verhältniß zu demjenigen, welcher ihm den Besitz entzogen hat, wird er rechtlich so behandelt, wie wenn sein Besitz durch die Entziehung nicht verloren oder unterbrochen worden wäre [25]).

---

25) Rudorff bemerkt zu Savigny, Bes. S. 676. im Anhang Nr. 106.: „1) Dritten Personen gegenüber würde die Fortdauer ohne den unlösbaren Doppelbesitz des Trebatius nicht angenommen werden können. Der Grundbesitzer hat also keine Interdicte und seine Usucapion wird unterbrochen, der clandestinus possessor ersetzt ihm aber das Interesse des entgangenen Ersitzungsbesitzes. 2) Die ganze Anomalie ist also eine relative, sie beschränkt sich auf das Verhältniß der Parteien unter sich. Statt eines recuperatorischen Int. de clandestina possessione hat der Grundbesitzer ein Int. retinendae possessionis .... Nach dieser Auffassung gehört der Satz nicht zum Besitzverlust, welcher ganz unzweifelhaft mit der Occupation eintritt, sondern in den folgenden Abschnitt zu dem Int. de clandest. poss. und dessen Surrogat, der Exceptio clandestinae possessionis im Int. duplex Uti possidetis." — Rudorff nimmt demnach ebenfalls Besitzverlust des Abwesenden und Besitzerwerb des Occupanten an; im Verhältniß der Beiden zu einander aber spricht er sich im Anhang Nr. 137. S. 698. für die Annahme „eines relativen Besitzes" aus und faßt ihn so auf: „Dritten gegenüber also besitzt allein der dejicirende Provocat, diesem gegenüber allein der von ihm dejicirte Provocant." Diese Auffassung ist jedoch nur eine andere Formulirung des Verhältnisses; ein materieller rechtlicher Unterschied zwischen derselben und der oben entwickelten Construction ergibt sich nicht. Witte, Zeitsch. f. C.-R. u. Pr. N. F. Bd. XVIII., nimmt auf Seite des Occupanten Besitz mit Interdictenschutz „gegen jeden Dritten" an, S. 256 — 259., auf Seite des Abwesenden in Folge seiner Vertreibungsbefugniß „Fortdauer des Besitzes" für die Usucapion sowohl als für das interd. uti possid. gegenüber dem Occupanten, S. 259 — 269. S. 386. (soll heißen 286.) u. S. 301. — Bayer. Landr. II. 5. §. 9. Nr. 5.: „Gehet durch die bloße Abwesenheit oder Entfernung des Inhabers die Possession nicht verloren, so lange noch animus retinendi vorhanden ist und sich Niemand anderer darein setzt." (Kreitmaier, Anmerkung a. a. O. Nr. 4. setzt allerdings noch bei: „und sich sofort gegen uns bei unserer Zurückkunft darin manutenirt.") Für das österr. Recht nimmt Randa, Besitz S. 225 fg., Besitzverlust an, „wenn ein Dritter sich heimlich in den Besitz des Grundstückes setzt."

Dieſe rechtliche Conſtruction wird durch die Conſtitutionen Juſtinians l. 11. Cod. unde vi und l. 12. C. de poss. nicht alterirt. Die const. 12. cit. hat Handlungen von Stellvertretern zum Gegenſtande und iſt weiter unten in dieſem Zuſammenhange zu beurtheilen. Hier genügt es zu bemerken, daß dieſelbe weiter nichts als den Grundſatz enthält, es ſolle die Untreue des Stellvertreters dem Herrn nicht ſchaden. Damit iſt keineswegs ausgeſprochen, daß ſein Beſitz fortdauere, ſondern nur daß ſeine Lage nicht ſchlimmer werden ſolle, als außer dem Falle einer Stellvertretung (ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat).

Das Verhältniß der const. 11. cit. wird klar, wenn man betrachtet, wie ſich jener Beſitzesſchutz des Abweſenden praktiſch verwirklicht.

Das interd. uti poss. verſchafft dem bisherigen Beſitzer den Sieg, wenn ihm der Gegner in ſeiner Abweſenheit den Beſitz entzogen oder denſelben von dem Beſitzentzieher in böſem Glauben erlangt hat[26]). Wer von beiden Parteien den Beſitzſtreit veranlaßt, iſt bei der Doppelſeitigkeit des Interdicts gleichgiltig[27]). Es kann der Beſitzentzieher ſich dazu veranlaßt finden, wenn der Zurückkehrende Beſitz auszuüben ſucht. Am meiſten Anlaß wird der vorige Beſitzer ſelbſt haben, mit dem Interdicte aufzutreten. Statt des etwas rohen und auch unſichern Mittels einer gewaltſamen Vertreibung des Beſitzergreifers kann er ſofort den Richter um die Entſcheidung des Beſitzſtreites angehen. Thut er dies, ſo läßt ſich nicht ſagen, er habe ſich beruhigt, auch nicht, daß er nur aus Furcht vor Gewalt ſeinem Gegner gewichen ſei, durch den Gebrauch ſeines rechtlichen Schutzmittels ſchließt er gerade die Annahme aus, daß er den Beſitzwillen aufgegeben habe[28]).

---

26) S. Note 6. u. 5.

27) v. Vangerow, Pand. §. 336. Anm. Ziff. 4. Arndts, Pand. §. 172. Note 2.

28) Die Vorausſetzung der Unthätigkeit, an welche l. 25. §. 2. D. de poss. die Annahme der Beſitzaufgebung (nos ita animo desinamus possidere) knüpft, iſt hier nicht gegeben. Rudorff zu Savigny, Beſitz im Anh. Nr. 110. S. 681., auf das Zeugniß von Frontinus de controv. agrorum 44,4. ſich berufend, bemerkt: „Das Richtige an der Sache iſt vielmehr, daß der Erfolg des int. uti poss. allerdings um ſo zweifelhafter wird, je länger die Abweſenheit gedauert hat, jedoch ohne daß jenes Interdict deßhalb bei längerer Abweſenheit rechtlich ausgeſchloſſen wäre.“ Witte a. a. O. S. 268.: „Er

Anders wäre es wohl, wenn sich der vorige Besitzer, nachdem er zurückgekehrt ist oder sonst von der Besitzentziehung erfahren hat, unthätig verhielte. Dann würde er wohl nach dem Pandektenrechte so zu behandeln sein, als habe er den Besitz freiwillig aufgegeben. Dadurch würde derselbe nicht bloß das interd. uti poss. verlieren, sondern wegen mangelnder Voraussetzung einer Gewalt auch das int. de vi zur Wiedererlangung des Besitzes nicht haben [29]).

Gegenüber dieser strengen Behandlung des in seiner Abwesenheit des Besitzes Entsetzten trifft const. 11. unde vi eine Neuerung, indem sie zur Wiederherstellung des unrechtmäßig entzogenen Besitzes innerhalb der ganzen Verjährungszeit ein Rechtsmittel gewährt, das dem int. de vi materiell gleichkommt [30]).

---

kann bei sofortiger Klage die Occupation seines Gegners als Störung seines Besitzes ansehen, die er mit dem interd. uti poss. zurückweist. Wie lange eine Handlung, sei es Klage oder Vertreibungsversuch als in continenti vorgenommen gelten könne, muß im einzelnen Falle dem Ermessen des Richters überlassen bleiben." S. auch S. 261. Bangerow, Pand. §. 207. Anm. 1., dagegen sagt: „beruhigt er sich überhaupt, etwa in der Absicht den Rechtsweg einzuschlagen, oder aus Furcht, so hat er nun den Besitz animo eingebüßt." Gleicher Ansicht scheint Ihering, Grund des Besitzesschutzes S. 122., zu sein. Aber bei dieser Auffassung hat das int. uti poss. des Abwesenden keinen rechten praktischen Zweck; stellt er dasselbe nach Kenntnißnahme von der Besitzergreifung an, so soll er ja den Besitz animo, also durch Willensänderung einbüßen, folglich das int. uti poss. verlieren, verdrängt er dagegen den Occupanten aus dem Besitz, dann braucht er in der Regel jenes Rechtsschutzmittel nicht! — Einen besonderen Anlaß zu einem Besitzesstreite läßt die l. 7. §. 5. D. de comm. div. (10,3.) ersehen. Der Kläger behauptet Mitbesitz, der Beklagte wendet ein, derselbe besitze heimlich; hier findet das judicium communi dividundo nicht statt, sondern wegen des heimlichen Besitzes („de clandestina possessione") steht dem Gegner das Interdict zu, d. i. das int. ret. poss. Nach der mitgetheilten Aeußerung Julians spricht derselbe nicht, wie Savigny, Bes. §. 41. S. 456., von einem „eigenen" Interdict für die cland. poss., sondern er sagt nur: „de cland. possessione competere interdictum"...

29) L. 11. Cod. unde vi: „quia veteres leges nec Unde vi interdictum nec Quod vi aut clam vel aliam quandam actionem ad recipicedam talem possessionem definiebant, violentia in ablatam possessionem minime praecedente, nisi domino tantummodo in rem actionem exercere permittentes...

30) L. 11. cit.: nos, non concedentes aliquem alienas res vel possessiones per suam auctoritatem usurpare, sancimus, talem possessorem uti praedonem intelligi et generali jurisdictione ea teneri, quae pro restituenda possessione contra hujusmodi personas veteribus de-

Nun erſt kann die Beſitzergreifung an Grundſtücken für den Fall einer Stellvertretung des abweſenden Beſitzers behandelt werden.

Geſchieht die Beſitzergreifung von Seite eines Dritten, während auch der Vertreter daſelbſt nicht gerade anweſend war, ſo verhält es ſich mit dieſer „heimlichen" Beſitznahme gerade ſo wie außer dem Falle einer Vertretung. Der Beſitznehmer erwirbt den Beſitz, aber dem vorigen Beſitzer bleibt im Verhältniſſe zu ihm noch das interdictum uti possidetis; der rückkehrende Stellvertreter kann auf dasſelbe nicht verzichten, ſofern er nicht beſondere Verzichts-Vollmacht hat, auch wenn er den Herrn nicht verſtändigt oder im Falle einer Proceßvollmacht das Interdict ſelbſt nicht anſtellt, könnte ſeine Nachläſſigkeit oder Untreue dem Herrn nicht ſchaden zufolge l. 12. Cod. de poss. (possessionem cujuscunque rei dereliquerit ... desidia forte ... vel dolo) und insbeſondere gemäß ausdrücklicher Beſtimmung in l. 1. C. si per vim vel alio modo (8,5.).

Ergreift der Vertreter ſelbſt den Beſitz in Abweſenheit des Herrn, ſo hört er hiemit auf, Vertreter zu ſein, ſteht ſomit einem Fremden gleich und das Verhältniß iſt ganz dasſelbe, wie wenn Jemand außer dem Falle einer Vertretung dem Beſitzer in ſeiner Abweſenheit den Beſitz entzieht.

Verläßt der Vertreter treulos zu Gunſten eines Dritten den Beſitz, ſo ſoll auch dieſe Handlung nach l. 12. C. cit.[31]) dem Herrn nicht ſchaden, mithin die Thatſache der Beſitzergreifung nicht nachtheiliger für den abweſenden Beſitzer wirken, als wenn er keinen Vertreter gehabt hätte, daher ihm das interdictum uti possidetis gegenüber jenem Beſitzergreifer bewahrt bleiben. Man kann auch ſo ſagen: Mit der treuloſen Entfernung hört die Vertretung in der Beſitzausübung auf, die darauf folgende Beſitznahme

---

clarata sunt legibus. Ridiculum etenim est dicere vel audire, quod per ignorantiam alienam rem aliquis quasi propriam occupaverit. ... His videlicet quae super recipienda possessione a nobis disposita sunt, locum habentibus, si non ex die, ex quo possessio detenta est, triginta annorum excesserunt curricula.

31) L. 12. C. de poss.: vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere, nihil penitus domino praejudicii generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat.

liegt also gegenüber dem abwesenden Besitzer schon außerhalb seiner Vertretung[32]). Was von dem Falle gilt, wenn der treulose Vertreter den Besitz verläßt, damit ein Anderer ihn ergreife, muß auch im Sinne jener Constitutionen auf eine widerrechtliche Besitzabtretung seinerseits an einen Dritten Anwendung finden, welcher im Einverständniß hiemit den Besitz nimmt, wie auch hier derselbe Grund zutrifft, daß der widerrechtlich Abtretende nicht mehr als Vertreter in der Besitzausübung, somit ganz wie ein Fremder handelt[33]).

In den angegebenen Fällen zeigt sich somit kein rechtlicher Unterschied, ob die Besitzergreifung an einem Grundstücke bei dem Dasein oder Nichtdasein einer Vertretung stattfindet. Es bleibt nun noch die Betrachtung einer gewaltsamen Besitzergreifung gegenüber einem Vertreter.

Ganz bestimmt ist in l. 1. §. 22. D. de vi (43,16.)[34]) ausgesprochen, daß eine gegenüber dem Vertreter mit Gewalt vollzogene Besitzergreifung den Besitzverlust auch für den Vertretenen zur Folge habe. Warum dies, kann man einwenden, wenn das Aufhören der Vertretung nichts bezüglich der Fortdauer des Besitzes entscheidet? Und warum darf der Vertretene selbst nach Kenntniß der Sache nicht einen Vertreibungsversuch machen?

Hierauf ist zu bemerken: Zum Aufhören der Vertretung ist ein Verlustgrund hinzugekommen, die gewaltsame Besitzergreifung. Ein Unterschied liegt nur darin, daß gegenüber dem vertretenen abwesenden Besitzer eine gewaltsame Besitzergreifung

---

32) Aehnlich Windscheid, Pand. §. 157. Note 3. Vgl. v. Savigny, Bes. §. 33. S. 372 fg. Ihering, Grund des Besitzesschutzes S. 115 fg., behandelt die Meinungsverschiedenheit bezüglich des Rechtsmittels des Grundbesitzers und scheint sich für das int. unde vi zu entscheiden.

33) Witte a. a. O. S. 284.—v. Vangerow, Pand. §. 209. Anm. Ziff. 2., erachtet l. 12. C. de poss. wegen des Widerspruchs mit dem Pandectenrechte (s. oben §. 5. Note 8.) nicht für anwendbar, „wenn der Stellvertreter wirklich tradirte oder wenn ein Dritter sich in den verlassenen Besitz wirklich einsetzte." Allein jener Widerspruch liegt eben nicht vor, da auch nach der l. 12. cit. Besitzverlust des Abwesenden eintritt und nur das int. uti poss. gegenüber seinem Gegner bewahrt wird. S. oben Note 25. Vgl. sächs. Gesetzb. §. 216. Cod. civ. Art. 2239.

34) Quod servus vel procurator vel colonus tenent, dominus videtur possidere; et ideo his dejectis ipse dejici de possessione videtur, etiamsi ignoret eos dejectos, per quos possidebat. Bayer. L.-R. II. 5. §. 9. Nr. 4.

anders behandelt wird als eine heimliche. Während es bei der letztern rechtlich so gehalten wird, als ob der Besitz dadurch allein gegenüber dem Abwesenden noch keine Unterbrechung erlitten hätte, und demselben das int. uti poss. eingeräumt wird, stellt das Recht bei der erstern keine solche Ausnahme auf, und mit gutem Grund. Denn die Thatsache der Gewalt liegt vor, wenn auch nicht gegenüber dem abwesenden Besitzer selbst; gegen eine Gewalthandlung ist aber in der Folge keine weitere Privatgewalt seitens des bisherigen Besitzers zulässig, es wäre dieses verbotene Selbsthilfe [35]).

B. Stellvertretung durch den bisherigen Besitzer.

(Constitutum.)

§. 7.

Stellvertreter im Besitz kann auch der bisherige Besitzer selbst werden. Sobald derselbe im Namen eines Andern besitzt, welcher den Besitz erklärtermaßen haben will, macht er diesen zum Besitzer [1]).

Dieser übereinstimmende Wille über die Besitzabtretung (Constitutum possessorium) kann ausdrücklich ausgesprochen oder auch stillschweigend erklärt werden. Es gelten hiefür keine anderen Grundsätze als für Willenserklärungen überhaupt [2]). Diese

---

35) L. 18. pr. D. de vi: Quaesitum est, an emtori succurri debeat, si voluntate venditoris colonum postea vi expulisset? Dixi non esse juvandum, qui mandatum illicitum susceperit.

1) L. 18. pr. D. de poss.: Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere ... sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio ... nam possidet, cujus nomine possidetur. Bayer. L.-R. II. 5. §. 7., II. 3. §. 7. Nr. 6. Preuß. L.-R. I. 7. §. 71.—73. Sächs. Gesetzb. §. 201. Cod. civ. art. 2228. 1606. Oesterr. Gesetzb. §. 319. u. §. 428.

2) v. Savigny, Besitz §. 27. S. 320.: „Ist eine ausdrückliche Erklärung vorhanden, daß der bisherige Besitzer nur noch fremden Besitz verwalten wolle, so hat die Sache keinen Zweifel .... Außerdem ist ein Constitutum nicht anzunehmen, außer insofern es als Folge anderer Handlungen betrachtet werden muß." Bayer. L.-R. II. 5. §. 7. Nr. 1.: „welches ... nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend geschehen kann." Diese Vorschrift ist um so beachtenswerther, als auch das bayerische Landrecht das const. possess. noch als „ficta apprehensio" betrachtet, a. a. O. §. 6. Nr. 8. Wenn Bremer, Ztsch. f. C.-R. u. Pr. N. F. XI. S. 242., bemerkt: „Es bedarf also, damit der generell zum Besitzerwerbe für einen Andern Ermächtigte seinen juristischen Be-

Willensübereinstimmung wird daher auch nicht vermuthet: dies heißt aber nur, daß sie, wenn bestritten, dargethan werden muß, und darf nicht umgekehrt werden in eine Vermuthung gegen dieselbe[3]).

---

sitz auf den Vertretenen übertrage, keines Vertrags, keiner zweiseitigen Handlung, es genügt eine Aenderung seines animus possidendi" — so ist diese Formulirung nicht genau. Es bedarf allerdings einer „zweiseitigen Handlung"; aber sie liegt in der Ermächtigung zum Besitzerwerbe, als der Erklärung durch den Vertreter Besitz erwerben zu wollen, einerseits, und der entsprechenden Vertretungshandlung des Ermächtigten anderseits. Dies gilt auch von dem in Goldschmidts Handelsr. S. 615. Not. 12. angeführten Falle, wenn der Einkaufscomissionär an den Committenten Besitz dadurch überträgt, daß er erkennbarer Weise den Besitz für denselben auszuüben beginnt. Die Kenntniß des den Besitzwillen Erklärenden von der übereinstimmenden Handlung des andern Theils ist für den Besitzerwerb kein Erforderniß. S. oben §. 2. Note 13.

3) Wenn mit Savigny a. a. O. §. 27. S. 321. in l. 48. D. de poss. die Erklärung des Schenkers (praedia cum servis donavit, eorumque se tradidisse possessionem literis declaravit) so zu verstehen ist: „er wolle hiemit das Gut und die Sclaven übergeben haben", so läßt eine solche Erklärung eine zweifache Auffassung zu. Es kann gemeint sein, daß der Schenker dasjenige, was seinerseits zur Uebergabe erforderlich, gethan haben wolle; dann muß der Beschenkte noch Besitz nehmen (vgl. Erkennt. des O.-A.-G. Lübeck v. 25. Nov. 1841 in Seuffert's Arch. X. 229.). Diese Meinung liegt dem von Papinian behandelten Fall in l. 48. cit. zu Grunde und die Frage ist dabei, ob der Besitz wirklich ergriffen sei, „si vel unus ex servis, qui simul cum praediis donatus est, ad eum, qui donum accepit, pervenit, mox in praedia remissus est." Diese Frage wird bejaht: „per servum praediorum possessionem quaesitam caeterorumque servorum constabit"; durch die Stellvertretung des Sclaven ist der Besitz erworben. Von einem Vertretungswillen seitens des Schenkers enthält die Stelle keine Andeutung. Savigny legt ohne Grund die Frage in einen ganz andern Punkt, nämlich darein, ob jene Erklärung des Schenkers ein constitutum enthalte? Er kommt daher durch die unzulässige Anwendung von l. 48. cit. auf seine Frage nahezu zur Aufstellung einer Vermuthung gegen das constitutum. — Ist mit der Erklärung des bisherigen Besitzers gemeint, daß die Uebertragung der Sache als geschehen erachtet werde, obwohl die Sache noch in seiner Inhabung verbleibt, und stimmt der andere Theil überein, dann ist ein constitutum vorhanden. Indem er die Sache noch behält, obwohl sie übertragen sein soll, wird der Erwerber als juristischer Besitzer erachtet und dessen Besitz vom Uebergebenden bis zur Auslieferung der Sache vertreten. (Hieher ist die Entscheidung des O.-A.-G. Celle v. 7. Nov. 1844 in Seuffert's Arch. VI. 310. zu rechnen.) — Der Sachverhalt ist also verschieden; was gemeint sei, ist eine Thatfrage; es gibt keine Vermuthung weder für das eine oder das andere, noch gegen das eine oder das andere. Vgl. Auch Goldschmidt, Handb. des Handelsrechts §. 65. Note 12.

Die römiſchen Rechtsquellen ſelbſt enthalten Fälle einer ſtillſchweigenden Erklärung. So erkennt Ulpian in der brieflichen Erklärung zu ſchenken und in der Miethe der geſchenkten Sache von Seiten des Schenkers den Ausdruck des Willens, für den Beſchenkten zu beſitzen, und nimmt deßhalb einen Beſitzerwerb für denſelben an[4]).

Bei einer Schenkung, Dotirung, bei einem Verkauf wird der Vorbehalt eines Nießbrauchs als Uebergabe erachtet[5]). Ebenſo ſoll nach einer Conſtitution Juſtinians[6]) bei einer Schenkung eine Beſitzübergabe in dem Vorbehalte des Nießbrauchs angenommen werden[7]).

---

4) L. 77. E. de rei vindic. (6,1.): Quaedam mulier fundum non marito donavit per epistolam, et eundem fundum ab eo conduxit; posse defendi in rem ei competere, quasi per ipsam adquisierit possessionem veluti per colonam.

5) L. 28. C. de donat. (8,54.): Quisquis rem aliquam donando vel in dotem dando vel vendendo usumfructum ejus retinuerit, etiamsi stipulatus non fuerit, eam continuo tradidisse crêdatur, nec quid amplius requiratur, quo magis videatur facta traditio, sed omnimodo idem sit in his causis usumfructum retinere, quod tradere.

6) L. 35. §. 5. C. de donat.: Sed si quidem in omnibus supra dictis casibus ususfructus fuerit a donatore retentus, et traditionem jure intelligi fieri.

7) Mit den Geſetzesſtellen l. 28. cit. u. l. 35. §. 5. cit. läßt ſich das Urtheil des O.-A.-G. Dresden v. 4. Nov. 1864 (Seuffert's Arch. XIX. 15.) m. E. nicht vereinen. Wenn „die veräußerte Sache eine beſtimmte Zeit lang oder bis auf Widerruf des Käufers (oder Beſchenkten?) im Beſitze des Verkäufers oder Schenkgebers verbleiben und dem letztern die Benutzung geſtattet ſein ſolle," ſo kann hiebei die „Benutzung" nicht als Ausübung eines noch beſtehenden Beſitzes oder Eigenthums ſeitens des Veräußerers gemeint ſein; das „Geſtatten" wie der „Widerruf" von Seite des Erwerbers ſpricht gegen eine ſolche Auffaſſung, weil man eine Benutzung nicht geſtatten kann, die man ſelbſt nicht hat, und man auch nicht widerrufen kann, was man nicht geſtatten konnte. Es muß alſo der Beſitzerwerb ſeitens des Käufers oder Beſchenkten ſchon als vor ſich gegangen gedacht ſein. — Erkennt jenes Urtheil in „ähnlichen Verabredungen ... zunächſt nur die Abſicht der Parteien, die Uebergabe der Sache bis zu einem im Voraus feſtgeſetzten oder von dem Belieben der Parteien abhängigen Zeitpunkte auszuſetzen", ſo wird die thatſächliche „Auslieferung" der Sache ſeitens des Beſitzvertreters an den juriſtiſchen Beſitzer mit der Beſitzübergabe verwechſelt. Die bloße Möglichkeit jedoch, daß die Parteien mit ihrer Erklärung dem Wortſinne und Sprachgebrauche entgegen etwas anderes gemeint haben, rechtfertigt nur die Zulaſſung eines Gegenbeweiſes, wenn der Gegner eine ſolche andere Meinung behauptet.

Hieher wird noch für das römische Recht die mit dem Abschlusse eines Gesellschaftsvertrages über das sämmtliche Vermögen (societas omnium bonorum) angenommene gegenseitige Besitzübertragung gerechnet [8]).

Diese Stellen enthalten nur Anwendungen des in l. 18. D. de adqu. vel amitt. poss. anerkannten Grundsatzes (Note 1); es sind keine Ausnahmsbestimmungen, welche mit jenen Fällen abgeschlossen wären. Wir dürfen daher mit der Anwendung des Grundsatzes auf andere Verhältnisse in gleicher Weise verfahren [9]), der Grund der stellvertretungsmäßigen Inhabung auf Seite des bisherigen Besitzers mag so verschiedenartig sein, als immer denkbar. Außer den quellenmäßigen Fällen einer Miethe, Nutznießung oder Gesellschaft kann es ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht, Depositum, Commodat, Precarium, Geschäftsführung u. dgl. sein [10]). Ueberhaupt wenn die Meinung der Betheiligten, daß die Besitzabtretung nunmehr geschehen sein solle, feststeht, während der Besitzabtretende die Sache vorläufig noch behält, liegt

---

8) L. 1. §. 1. D. pro soc. (17,2.): In societate omnium bonorum omnes res, quae coeuntium sunt, continuo communicantur. L. 2. eod.: Quia licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire. Nach Savigny, Besitz §. 27. S. 322., kann dies „nicht anders als durch ein Constitutum gedacht werden." Auch Windscheid, Pand. §. 171. Note 2., erklärt die angeführten Stellen aus einem constitutum.

9) Bremer a. a. O. XI. S. 242. führt folgende praktische Beispiele an: „Wenn ... der generell beauftragte Procurator dem Vertretenen Geld zu zahlen schuldig ist, ... wird er die Geldstücke, welche er aus seiner Kasse nimmt und in die für den Vertretenen gehaltene Kasse legt, nunmehr für den Vertretenen besitzen. Dieselbe Besitzänderung wird eintreten, wenn er irgend eine andere Sache, welche er für sich selbst besaß ... (auftragsmäßig) für ihn verwendet und sich in der Verwaltungsrechnung den entsprechenden Preis zu Gute schreibt"; ferner „wenn er, um baare Gelder des Vertretenen zinsbar unterzubringen, das Geld .... in seinen eigenen Geschäften verwendet, dagegen ein auf den Inhaber lautendes Zinsen tragendes (ihm gehöriges) Staatspapier zu den dem Vertretenen gehörigen Urkunden legt." Vgl. auch Goldschmidt, Handbuch §. 65. Note 15. Aehnliche Fälle bietet das praktische Rechtsleben in großer Menge. — Exner a. a. O. Seite 146. läßt die Annahme eines Constituts auch zu, wenn die Sache „zwar durch die (vom Geber oder mit dessen Willen vorgenommene) Signirung als dem Nehmer überlassen bezeichnet werden solite, nichtsdestoweniger aber vertragsmäßig noch weiterhin in der Gewahrsam des Gebers verbleibt."

10) Bayer. L.-R. II. 5. §. 7. Nr. 1.

immer ein genügender Grund der Inhabung vor, sei es auch nur der der Aufbewahrung der Sache bis zur Auslieferung [11]).

Die Besitzübertragung durch ein possessorisches Constitut hat gemeinrechtlich dieselbe rechtliche Wirksamkeit wie die Besitzübergabe überhaupt. Im Sinne des Art. 306. des Deutschen Handelsgesetzbuchs jedoch genügt ein constitutum possessorium für den redlichen Erwerb wohl nicht, sondern muß die Sache vom Veräußerer bez. Verpfänder derartig übergeben sein, daß sie sich nicht mehr in seiner thatsächlichen Inhabung befindet [12]).

C. Mittelbare Stellvertretung im Besitze.

(Substitution.)

§. 8.

Das Stellvertretungsverhältniß beim Besitze kann ein mittelbares sein, d. h. der Stellvertreter kann selbst wieder durch einen

11) Hiemit ist auch der Anforderung Erners a. a. O. S. 143. u. 144. genügt, welcher eine „causa ...., auf Grund deren die Detention der tradirten Sache vorerst noch beim Geber ... zurückbleibt", für das Dasein eines constitutum verlangt. In dieser Beziehung wird daher seine Klage, daß noch die heutige Praxis „es mit dem Constitutum viel zu leicht nehme" (S. 144. Note 57.), nicht gerechtfertigt erscheinen. Ueber die Einwendungen daselbst gegen Savigny bezüglich der Uebertragung des Eigenthums an einem Schiffe oder Schiffstheile s. unten §. 9. Note 6.

12) Goldschmidt, H.-R. S. 825. Note 14. Meine Abhandlung im Arch. f. W.-R. u. H.-R. XXVI. S. 274. Ueber die Wirkung des const. poss. nach Particularrechten vgl. Goldschmidt, H.-R. §. 65. in Note 16 fg. Unter den Rechten, nach welchen dasselbe zur Begründung eines Faustpfandes nicht genügt, führt derselbe auch das bayerische Landrecht auf. Allein unter dem wirklichen Ausantworten u. Uebergeben, welches das Landrecht für das Faustpfand, im Gegensatz zu „bloßer Verschreibung ohne Extradition" bei der Hypothek, fordert (Th. II. c. VI. §. 1. u. §. 10.), ist auch die Besitzübertragung durch const. poss. zu verstehen (L.-R. II. 5. §. 7. u. II. 3. §. 7. Nr. 6.). Vgl. Kreitmaier, Anm. zum L.-R. II. 6. §. 10. Nr. 3.: „sobald das Constitutum possessorium dazu kommt, ist es keine Hypotheque mehr, sondern ein Faustpfand, weil ermeldtes Constitutum juxta cap. praec. 5. §. 7. n. 9. species fictae traditionis, mithin Debitor solchenfalls nicht soviel mehr suo als Creditoris nomine in possessione rei hypothecatae ist." Hiemit steht auch die Bayer. Gerichtsübung im Einklang, welche nur für das Vorzugsrecht im Concurse wegen §. 21. Ziff. 1. der Prioritäts-Ord. v. 1822 eine Ausnahme macht. Blätt. f. Rechts-Anw. XXV. S. 1 fg. u. S. 17 fg. S. 279 fg. XXVI. S. 512 fg. XXI. S. 168 fg.

Andern vertreten werden[1]). Dies kann sowohl beim Erwerb des Besitzes als bei der Ausübung eines bestehenden Besitzes vorkommen.

Ob eine Uebertragung der Vertretung (Substitution) mit rechtlicher Wirkung für den Vertretenen gestattet sei, ist nach dem Verhältnisse zu beurtheilen, auf welchem die Stellvertretung beruht (Auftrag, Vollmacht, Geschäftsbesorgung ohne Auftrag). Der Mangel einer Substitutionsbefugniß kann für den Besitzerwerb jedoch nur von Einfluß sein, sofern er den Besitzwillen auf Seite des Vertretenen ausschließt. Für die Besitzausübung läßt sich ein rechtlicher Einfluß eines solchen Mangels nicht wohl denken, da ja der Besitz fortdauert, auch wenn die Vertretung aufhört (§. 5. Note 3 fg.).

Einer eingehenderen Beurtheilung bedürfen die Willenserfordernisse auf Seite des Substituten für Fälle des Besitzerwerbs wie für Fälle der Besitzausübung. Sodann sind einige besondere Verhältnisse unter Anwendung der gewonnenen Grundsätze zu betrachten.

1) Wenn ein Vertreter zum Besitzerwerb einen Andern, dieser einen Dritten u. s. f. ermächtigt, so gelten für den Vollzieher unter gleichen Voraussetzungen dieselben Erfordernisse, wie im Falle einer unmittelbaren Vertretung. Soll eine mittelbar vertretene Person sofort Besitzer werden, so muß der Vollzieher für eine solche den Erwerb des Besitzes wollen, im Falle einer Besitzabtretung zu deren Gunsten wenigstens als ihr Stellvertreter äußerlich auftreten, ohne eine vertretungswidrige Absicht thatsächlich zu offenbaren (§. 3. Note 8 fg.). Demgemäß muß er wissen, daß für eine mittelbar vertretene Person der Erwerb gemacht werden soll, sonst könnte er nur für einen Substituenten Besitz erwerben, welcher dann noch den Besitz an die eigentliche Erwerbsperson abzutreten hätte.

Daß ihm die Person des Erwerbers bekannt gegeben werde, erscheint nicht gerade als nothwendig; es muß vielmehr auch ge-

1) L. 30. §. 6. D. de poss.: Si ego tibi commodavero, tu Titio, qui putet tuum esse, nihilominus ego id possidebo. Et idem erit, si colonus meus fundum locaverit, aut is, apud quem deposueram, apud alium rursus deposuerit; et id per quamlibet plurium personam factum observandum ita erit. Vgl. v. Savigny, Besitz §. 26. S. 318. Goldschmidt, Handb. §. 65. Note 22.

nügen, wenn der Substituent erklärt, daß der Besitz für seinen ungenannten Vollmachtgeber erworben werden solle, und der Substitut in diesem Sinne handelt. Eine Kenntniß des vollziehenden Substituten von den etwaigen Zwischenmännern, überhaupt von den inzwischen liegenden Substitutionen, ist nicht erforderlich. Derselbe braucht auch nicht einmal zu wissen, ob von Seite desjenigen, welcher Besitzer werden soll, eine Ermächtigung bereits gegeben sei, wenn dieser nur in der That seinen Erwerbswillen erklärt hat. B hat z. B. von A die Ermächtigung, für ihn einen Besitz zu erwerben, B substituirt hiefür den C, dieser den D, letzterer erwirbt die Sache für A. Dadurch macht er, ohne von dem Substitutionsverhältniß zwischen B und C oder der von A an B ertheilten Ermächtigung etwas zu wissen, den A zum Besitzer; denn es genügt, daß A den Besitz will und D für ihn die Erwerbshandlung vornimmt. Folgerichtig kann auch der Besitzerwerb für die vertretene Person in der Art vor sich gehen, daß für ihren Vertreter von dem substituirten Vollzieher nur die Inhabung (detentio) gewollt ist, jener Vertreter aber die für ihn gewollte Inhabung für die im Besitz zu vertretende Person will.

2) Sehr häufig kommt die mittelbare Stellvertretung bei der Ausübung eines bestehenden Besitzes vor; z. B. der Verwalter läßt Handlungen der Besitzausübung durch das Dienstpersonal vornehmen, der Miether einer Sache vermiethet dieselbe weiter, der Pfandinhaber gibt die Sache Jemand zur Aufbewahrung, der Verwahrer einer Sache hinterlegt sie bei einem Andern, ein Spediteur oder Frachtführer läßt das Gut durch einen Andern weiter befördern u. s. w.[2]).

Der Inhaber der Sache vertritt hier thatsächlich den Besitzer durch das Verhältniß, in welchem er zur Sache steht. Er braucht nicht nur keine Kenntniß von allen in Mitte liegenden Rechtsverhältnissen zu haben, sondern es ist für ihn auch nicht nothwendig zu wissen, wer der rechtliche Besitzer sei. Es folgt dies schon aus dem für die Stellvertretung bei der Besitzausübung geltenden Grundsatze. Weil der Wille des Vertreters an sich allein für die Fortdauer des Besitzes gleichgiltig ist, so ist seinerseits auch eine Willensrichtung auf die bestimmte Person des Besitzers

2) Cf. l. 30. §. 6. D. de poss. (Note 1.), l. 25. §. 1. D. eod.: aut alii locent, intelligimur, nos retinere possessionem.

nicht nothwendig. Das bloße Inhaberverhältniß zur Sache entzieht den Besitz nicht; es genügt, daß keine Thatsache eintritt, welche den Besitzverlust bewirkt. Vgl. §. 5. Note 7—9. Den Bediensteten, Miether, Verwahrer u. s. w. kümmert das bestehende Besitzverhältniß nicht; ob derjenige, von welchem er die Sache hat, Eigenthümer oder juristischer Besitzer oder nur Nutznießer, Pächter, Miether sei, ist für die Besitzausübung gleichgiltig; er braucht nur zu wissen, was er mit der Sache thun soll oder darf. So wird auch im Rechtsleben häufig verfahren und Niemand denkt daran, daß das bestehende Besitzverhältniß durch die Nichtkenntniß des Inhabers eine Veränderung erleide. Die Meinung, daß der Substitut zur Bewahrung des Besitzes den Willen haben müsse, denselben für die bestimmte Person des juristischen Besitzers auszuüben, findet im Rechte keine Begründung; vielmehr ist das Gegentheil ausgesprochen in l. 30. §. 6. D. de poss. [3]).

3) Diese Grundsätze lassen sehr wichtige praktische Anwendungen zu.

a) Besitzabtretung mit Belassung der bisherigen Vertretung in der Inhabung. Da die Kenntniß des Stellvertreters von dem bestehenden Besitzverhältniß gleichgiltig ist, kann ein Besitzwechsel durch Uebergabe vor sich gehen, ohne daß der in dem bisherigen thatsächlichen Verhältniß zur Sache bleibende Inhaber von der Aenderung etwas zu wissen braucht.

So kann der Besitzer eines vermietheten Hauses einem Andern den Besitz abtreten, ohne daß die Kenntniß des Miethers nothwendig wäre. Ebenso kann der Besitzer das von seinem Vertreter verwaltete Landgut an den Käufer entweder selbst oder durch einen besondern Bevollmächtigten übergeben und dasselbe pachtweise oder als Nutznießer oder in Geschäftsführung für den neuen Besitzer noch durch seinen Bediensteten fortbewirthschaften lassen, ohne daß derselbe die Besitzänderung schon erfahren hat. Der Besitzerwerb geschieht hiebei ohne Stellvertretung; bezüglich des erworbenen Besitzes aber wird der Uebergebende selbst Vertreter des neuen Erwerbers, nur übt er den Besitz nicht unmittelbar für ihn, sondern durch sein auf dem Gute bleibendes Dienstpersonal, mithin substitutionsweise aus. Hier muß das Verhältniß, durch welches die mittelbare Vertretung stattfindet, nothwendig fort-

3) S. Note 1.

bestehen. Denn hört dasselbe z. B. durch einseitigen Dienstesaustritt auf, so kann auch der Dienstherr nicht mehr Stellvertreter sein, weil er selbst nicht inne hat und das Organ der mittelbaren Besitzausübung nicht mehr besteht; die Stellvertretung im Besitze fällt dann ganz hinweg, ohne daß hiedurch für sich allein der Besitz des neuen Erwerbers verloren geht (§. 5. Note 3 fg.).

b) Possessorisches Constitut durch mittelbare Stellvertretung. Das eben betrachtete Verhältniß führt zu einer weitern Anwendung der mittelbaren Stellvertretung. Das Landgut, welches der Besitzer durch seine Dienstpersonen bewirthschaften läßt, ohne es selbst zu bewohnen, wird verkauft und dabei vereinbart, der Käufer solle nun Besitzer sein, der Verkäufer aber das Gut zur Zeit noch, z. B. für das laufende Wirthschaftsjahr, in Pacht nehmen oder die Bewirthschaftung auf Rechnung des Erwerbers durch seine Leute fortführen. Meines Erachtens wird der Besitz auf Seite des Käufers vermöge der Repräsentation des bisherigen Besitzers erworben, mag dessen Dienstpersonal von der Besitzänderung Kenntniß haben oder nicht[4]).

Bedienstete haben für den Dienstherrn inne ohne Rücksicht auf das wirklich bestehende Besitzverhältniß, wie bereits erörtert; mittelst dieser Inhabung seiner Leute für ihn übt derselbe seinen bisherigen Besitz nunmehr für den Käufer mit dessen Uebereinstimmung aus, und macht ihn hiemit durch mittelbare Stellvertretung zum Besitzer. Zur Zeit des Besitzerwerbs für den Käufer ist das Organ für die mittelbare Besitzausübung, der Vertreter des bisherigen Besitzers, nothwendig; ist aber dieser Erwerb einmal vor sich gegangen, dann gelten die Grundsätze über die Fortdauer eines bereits bestehenden Besitzes, daher hört mit dem Wegfall eines solchen Organs, also der mittelbaren Stellvertretung für sich allein, der Besitz des neuen Erwerbers nicht auf.

Quellenstellen für die Anwendung der mittelbaren Stellvertretung auf das possessorische Constitut sind mir allerdings nicht bekannt. Allein auch nach der herrschenden Besitzlehre kann sie nicht beanstandet werden. Wenn ich in meiner Herrschaft habe, was ein Anderer für mich in seiner Gewalt hat, so muß ich diese meine Herrschaft auch für einen Dritten wollen können;

4) Von diesem Grundsatze ist auch eine wichtige Anwendung im Seerechtsverkehr zu machen. S. unten §. 9.

ist dies richtig, so kann ich denselben durch den Willen, für ihn meinen bisherigen Besitz auszuüben, mit seiner Zustimmung zum Besitzer machen. Da mein Verhältniß zu meinen Dienstpersonen bleibt und mein Besitzverhältniß zur Sache für dieselben gleichgiltig ist, bedarf es keiner Verständigung derselben von dem Besitzwechsel [5]).

c) Mittelbare Stellvertretung in Anwendung auf die Besitzabtretung von kurzer Hand (brevi manu traditio). A gibt dem B eine Sache zu leihen oder in Aufbewahrung, B thut dasselbe mit dieser Sache gegenüber C. A als Besitzer kommt mit dem B überein, daß derselbe die Sache für sich behalte. B wird dadurch Besitzer, sofern C für ihn noch inne hat; denn B hat nun den Willen für sich zu besitzen, und C hat bereits für ihn inne, ersetzt mithin das körperliche Besitzmoment. Gleichgiltig ist für C das Verhältniß des B zu der Sache, er kümmert sich nicht, ob B juristischer Besitzer war oder geworden ist.

III. Anwendung der Grundsätze über die Stellvertretung im Besitze auf handels- und seerechtliche Verhältnisse.

A. Besitzabtretung bei Veräußerung von Seeschiffen.

§. 9.

Die entwickelten Grundsätze über die Stellvertretung im Besitze finden vollkommen Anwendung auf Besitzfragen im Handels- und Seerechte. Auf diesem Gebiete sollen nun als die hervor-

---

5) v. Savigny, Besitz §. 27. S. 320. Note 1., bemerkt: „Wenn aber die Bedingungen eines constituti vorhanden sind, so ist es gleichgiltig, ob der bisherige Besitzer die Detention selbst hat oder ob ein Dritter diese für ihn verwaltet. Wenn also der Besitzer eines Hauses dasselbe vermiethet hat, so kann er mir durch constitutum den Besitz ebensowohl übertragen, als wenn er es selbst bewohnte, da nach §. 26. die Repräsentation auch durch mehrere Personen hindurchgehen kann." Ob eine Anweisung an den „Dritten" nothwendig oder nicht, darüber spricht sich Savigny nicht aus. Ebenso Goldschmidt, Handb. §. 65. in Note 22., welcher nur verlangt, daß „der Detentor für den Veräußerer detiniren" muß. Die Anweisung an den Dritten ist kein Erforderniß nach Preuß. Landr. I. 7. §. 67. Anders nach dem Sächs. Gesetzb. §. 201., zu dessen Bestimmung Rauda, Besitz §. 20. Nr. 19., die Bemerkung macht: „eine Consequenz, der wir auch nach österreichischem Rechte zustimmen."

ragenderen Punkte die Besitzerwerbung bei Veräußernng von Seeschiffen, die Besitzabtretung bei Versendung von Waaren ohne Verfügungspapier und die Besitzübergabe mittelst Begebung von Waarenpapieren in Betrachtung gezogen werden.

In Ansehung der Veräußerung von Seeschiffen, sei es dem Ganzen oder einem Antheile nach (Schiffspart), kann nach dem Deutschen Handelsgesetzbuche Art. 439. „zum Eigenthumserwerbe die nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts etwa erforderliche Uebergabe durch die unter den Contrahenten getroffene Vereinbarung ersetzt werden, daß das Eigenthum sofort auf den Erwerber übergehen soll"[1]).

Unter „Uebergabe" ist hier entsprechend dem herrschenden Lehrbegriffe die Besitzabtretung in Gegenwart der Sache gemeint[2]); diese Uebergabe soll „ersetzt" werden durch die bezeichnete Vereinbarung. Das Handelsgesetzbuch entscheidet nur bezüglich des Eigenthumsrechtes, die Besitzfrage bleibt hiebei eine offene[3]).

Eine Vereinbarung des Eigenthumsüberganges schließt in sich, daß auch die Besitzabtretung gewollt sei, sofern nicht ausdrücklich das Gegentheil erklärt wird. Der Erwerber des Eigenthums will auch die nothwendigen Besitzesschutzrechte; der Veräußerer

1) Preuß. Entwurf Art. 389. Absatz II., Motive S. 217. Entwurf I. Lesung Art. 401., Prot. S. 1701—1705. S. 1711. 1741. cf. 1772.; II. Lesung Prot. S. 3702. u. 3703.

2) Als Veranlassungsgrund zu der Gesetzesvorschrift schwebte die häufige Schwierigkeit vor, eine Besitzübergabe in der Nähe des Schiffs bald zu bewerkstelligen, weil dasselbe z. B. sich zur Zeit der Veräußerung auf der See oder in einem entfernten Hafen befindet, während an dem baldigen Eigenthumserwerbe oft sehr viel, insbesondere bei einem Kriegsausbruche gelegen ist (Prot. S. 1701 fg.). Immer wird in Beziehung auf eine derartige Uebergabe das Bedürfniß eines Surrogates in den Verhandlungen der Hamburger Commission geltend gemacht. Prot. CCIII. S. 1698—1711: „körperliche Besitzübertragung", „an die Stelle der realen Tradition", „die Tradition ... meist nicht möglich, so daß ein Eigenthumswechsel in der Regel nur bei den in der Nähe der Paciscenten befindlichen Schiffen und bei auswärts befindlichen Schiffen nur dann statthaben könne, wenn die Betheiligten Zeit u. Gelegenheit hätten, die Tradition durch Mittelspersonen zu bewirken" u. dgl.

3) Dasselbe will wohl auch Goldschmidt, Handelsrecht §. 79. in Note 16. mit der Aeußerung sagen, nach dem Handelsgesetzbuche Art. 439. genüge jene Vereinbarung „natürlich nur zum Eigenthums-, nicht zum Besitzerwerb." Vergleiche über dessen weitere Bemerkung die folgende Note 4. — Art. 439. berechtigt in keiner Weise zu einem argum. a contrario gegen den Besitzerwerb durch Vereinbarung.

andererseits hat kein Interesse an einem von dem übertragenen Eigenthum abgelösten Besitze, da er ein etwaiges Rückbehaltungsrecht ungeachtet der durch Vereinbarung bewirkten Abtretung des juristischen Besitzes bis zur wirklichen Auslieferung des Schiffes geltend machen kann. Sohin liegt, abgesehen von einem ausdrücklichen Besitzvorbehalte, in der Vereinbarung des Eigenthumsübergangs zugleich die Uebereinstimmung der Betheiligten, daß auch der Besitz abgetreten sei; der Veräußerer übt den Besitz in Stellvertretung für den Erwerber aus (constitutum possessorium)[4]).

Der Umstand, daß zur Zeit der Vereinbarung nicht der Veräußerer selbst, sondern der Schiffer die Inhabung des Schiffs ausübt, bildet nach den entwickelten Grundsätzen über die Besitzstellvertretung (§. 8. Nr. 3, b.) kein Hinderniß. Der Schiffer hat als Bediensteter des Rhebers inne, unbekümmert um dessen wirkliches Besitzverhältniß; für seine Stellung ist es gleichgiltig, ob der Rheder Eigenthumsbesitzer oder Nutzungsberechtigter oder nur Miether sei (cf. Handelsgesetzbuch Art. 477.). Hat der Rheder juristischen Besitz mittelst der Inhabung durch den Schiffer, so kann er diesen Besitz auch als Stellvertreter des neuen Erwerbers ausüben und dieser erlangt dann durch die mittelbare Stellvertretung des Veräußerers den Besitz; eine Kenntniß der Besitzänderung ist seitens des Schiffers so wenig nothwendig, wie seine Kenntniß des bisherigen Besitzverhältnisses, nur behufs der Auslieferung des Schiffs an den Erwerber kann eine Anweisung des Schiffers veranlaßt sein[5]).

Der Grund dieser Stellvertretung kann je nach dem concreten Sachverhalt verschieden sein. So kann vereinbart sein, daß die laufende Reise noch auf Rechnung des Veräußerers gehe; dann hat derselbe die Inhabung des Schiffs noch in ähnlicher Weise

4) v. Savigny, Besitz §. 27. S. 323. Note 1., stellt die Eigenthumsabtretung an einem Seeschiffe wie an einer Schiffspart durch Willenserklärung unter den Gesichtspunkt eines const. poss. Auch Goldschmidt, Handelsrecht S. 639., bemerkt: „so wird z. B. auf ein solches (const. poss.) geschlossen werden dürfen bei Veräußerung eines ideellen Theils, etwa einer Schiffspart."

5) Vgl. oben §. 8. Note 5. Das Sächs. Gesetzbuch §. 201., welches eine Anweisung des bisherigen Besitzers an den inhabenden Dritten fordert, kann für Seeschiffe, sofern man das Recht des Ortes, wo sich die Sache befindet, oder das Recht der Nationalität des Schiffes nach dem Heimaths- oder Registerhafen entscheiden läßt, nicht in Anwendung kommen.

wie Jemand, der es nur gemiethet hat. Ist nichts hierüber vereinbart, so trifft der Gewinn oder Verlust der laufenden Reise den Erwerber (Handelsgesetzbuch Art. 441.); in diesem Falle besorgt der Veräußerer noch durch seinen Schiffer das Frachtgeschäft für Rechnung des Erwerbers bis zur Ordnung des Dienstverhältnisses gegenüber demselben oder bis zur Aenderung der Schiffsleitung oder bis zur wirklichen Auslieferung des Schiffes an den neuen Erwerber.

Betrifft die Veräußerung nur einen Schiffsantheil, so wird der Veräußerer bis zur Anzeige derselben „im Verhältniß zu den Mitrhedern noch als Mitrheder betrachtet". Handelsgesetzbuch Art. 470. u. 471. Bis zur Anzeige vertritt der Veräußerer den Erwerber nach Maßgabe des abgeschlossenen Geschäfts, vgl. Art. 441. des Handelsgesetzbuchs; mit der Anzeige wird der Erwerber wie jeder andere Mitrheder in der gemeinsamen Besitzausübung vertreten.

Wäre für den Veräußerer zur Vertretung des Erwerbers kein besonderer Grund vorhanden, so würde schon das rechtliche Interesse genügen, daß dadurch der Erwerber juristischen Besitz erlange, da zur Erfüllung des Veräußerungsgeschäftes außer der Eigenthumsübertragung auch die Besitzübergabe gehört [6]).

B. Besitzabtretung bei Uebersendung von Waaren ohne Verfügungspapier.

1) Verschiedenheit der Fälle.

§. 10.

Die Versendung von Sachen kann auf verschiedenen rechtsgeschäftlichen Gründen beruhen.

Der Versender kann seine Sache an Jemand zur Ansicht, zur Aufbewahrung, leih- oder miethweise u. s. w. schicken; hiebei will

6) Damit erledigen sich die Einwürfe von Exner a. a. O. S. 144. in Note 57., welcher bemerkt: „Aber wie kommt hier der Geber dazu für den Nehmer besitzen zu wollen? Er ist hiezu in der Regel weder vertragsmäßig (etwa als interimistischer Depositar) verpflichtet, noch hat er selbst irgend ein Interesse daran, die ihm nicht mehr gehörige Schiffspart für deren jetzigen Eigenthümer in seiner Macht und Gewahrsame zu haben; man frage den angeblichen alieno nomine possidens, ob er die Sache noch habe, ob er sie für den X. verwahre u. s. w., er wird sicher negativ antworten: Das Schiff u. s. w. geht ihn nichts mehr an." Ein Blick auf Art. 471. des Handelsgesetzbuchs zeigt das Gegentheil einer solchen Indifferenz.

er natürlich seinen Besitz nicht aufgeben. Es kann auch Jemand eine Sache, welche er lediglich in einem obligatorischen Verhältnisse, z. B. auf Grund einer Miethe, Aufbewahrung, eines Auftrags, einer Spedition inne hat, versenden, hier ist begreiflich eine Besitzabtretung nicht möglich, da ein solcher Versender selbst keinen Besitz, sondern nur die thatsächliche Inhabung hat.

Wird eine Sache an Jemand mit der Ermächtigung, den Besitz an einen Dritten abzutreten, übersendet, so erscheint der Empfänger als Besitzstellvertreter des Versenders, und für den Besitzübergang kommt es erst auf das weitere Geschäft des Vertreters an. In dieser Beziehung macht es übrigens keinen Unterschied, ob der Besitzstellvertreter ein Veräußerungsgeschäft im Namen des Versenders oder im eigenen Namen und nur auf Rechnung desselben (Commission) schließen soll. Auch im letzteren Falle hat nicht der Stellvertreter zunächst den Besitz selbst zu erwerben und dann erst weiter abzutreten, da durch seine Stellvertretung der Besitz ohne vorherigen Uebergang auf seine Person geradewegs für den Dritten erworben werden kann. Hat der Empfänger zugleich die Ermächtigung, auch selbst die Sache zu erwerben, so kann er von dem Versender den Besitz erlangen, aber es geschieht dies erst dann, wenn seinerseits der Erwerbswille sich verwirklicht. Das letztere gilt auch bei der gesetzlichen Ermächtigung des Verkaufscommissionärs, Waaren, welche „einen Börsen- oder Marktpreis haben, ... als Käufer für sich zu behalten." (Handelsgesetzbuch Art. 376.)

Wird auf Grund eines Veräußerungsgeschäftes, insbesondere eines Verkaufs, eine Sache an den Erwerber, beziehungsweise Käufer versendet, so liegt auch in einem solchen Falle in der Versendung nicht ohne weiteres eine Besitzabtretung.

Vor Allem kommt es darauf an, ob die Versendung überhaupt zum Zwecke der Uebergabe des Eigenthumsbesitzes (Tradition) geschehe. Wenn der Verkäufer vor der Zahlung des Preises dem Käufer ausdrücklich nur die körperliche Inhabung der Sache anvertrauen will, so geht eine Besitzabtretung selbst mit der Auslieferung der Waare an den Käufer vor der Zahlung nicht vor sich [1]). Der Letztere kann Besitz, wenigstens mit dem Willen des Verkäufers, vor der Zahlung nicht erwerben; der Verkäufer gibt

1) L. 16. D. de peric. et comm. (18, 6.); cf. l. 20. §. 2, l. 21. D. loc. (19, 2.).

selbst mit der Auslieferung den Besitz noch nicht auf, er kann die Waare zurückfordern, wenn die Zahlung nicht erfolgt[2]).

Wird aber nach dem Inhalte des Veräußerungsgeschäftes das Eigenthum dem Erwerber vor der Zahlung anvertraut, wie bei einem Creditkauf, so liegt darin nothwendig auch die Anvertrauung des Eigenthumsbesitzes, insofern der Uebergang des Eigenthums Besitzübertragung voraussetzt. Sofern letztere nicht nothwendig oder das Eigenthum nicht sofort anvertraut, aber auch der Besitz bei dem Veräußerungsgeschäfte nicht besonders vorbehalten wird, liegt in dem Vollzug des Geschäftes eine Anvertrauung des Besitzes.

Bei einem Geschäfte über eine Sachveräußerung, namentlich bei dem Verkaufe einer Sache nun besteht die Erfüllung von Seite des Verkäufers in der Uebergabe des Eigenthumsbesitzes[3]). Also muß an dem Orte, wo vom Verkäufer zu erfüllen ist, von ihm Eigenthumsbesitz übertragen werden[4]). Eine Aus-

2) Nicht entgegensteht l. 12. C. de rei vind. (3, 32.), welche offenbar einen Creditkauf behandelt („et eo modo dominium transtulisti"); auch l. 8. C. de contr. emt. (4, 38.) ist von einem solchen Kauf zu verstehen: „quae dedidisti" deutet auf Hingabe zum Eigenthum. — Ueber die Rückforderung mit der Kaufsklage vgl. Goldschmidt, Handelsrecht §. 81. in Note 43. Nissen, die kaufrechtliche Tradition S. 8 fg., geht wohl zu weit, indem er ohne weiteres immer eine precaria possessio auf Seite des Käufers vor der Zahlung annimmt, wenn der Verkäufer bei einem Zug um Zug zu vollziehenden Geschäfte mit seiner Leistung vorangeht.

3) Nicht gerade des Eigenthums selbst, sofern es auf Seite des Verkäufers fehlt oder noch vorbehalten (nicht creditirt) ist. L. 188. pr. D. de V. S. (50, 16.): Habere duobus modis dicitur, altero jure dominii, altero obtinere sine interpellatione id quod quis emerit. L. 11. §. 2. D. de act. emt. (19, 1.): Et imprimis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere; l. 30. §. 1. eod.: quamvis enim alioquin verum sit, venditorem hactenus teneri, ut rem emtori habere liceat, non etiam ut ejus faciat; l. 25. §. 1. D. de contr. emt. (18, 1.): Qui vendidit, necesse non habet, fundum emtoris facere. Windscheid, Pandekten §. 389. Note 2—5. Thöl, Handelsrecht §. 78. Note 1. Goldschmidt, Handelsrecht §. 79. in Note 23., welcher übrigens mit Recht die Unterscheidung zwischen dem Willen, Eigenthum zu übertragen, und der „Realisirung desselben" hervorhebt.

4) Wenn in dem von Goldschmidt, Handelsrecht S. 632., gedachten Falle der Verkäufer „auf Verlangen des Käufers nicht an dem Erfüllungsorte, sondern an einem anderen Platze tradirt," so geschieht nach neuer Uebereinkunft die Erfüllung an dem „andern Platze" und ist nun dieser der Erfüllungsort. — Die Uebernahme der bloßen Versendung seitens des Verkäufers vom Erfüllungsorte hinweg enthält jedoch noch keine Abänderung desselben.

nahme hievon tritt nur ein, wenn nach besonderer Uebereinkunft etwas anderes als Erfüllung gelten soll, d. i. eine andere Leistung an Erfüllungsstatt verabredet wird[5]). Der Erfüllungsort ist somit für die Frage der Besitzabtretung bei einer Versendung von wesentlicher Bedeutung.

Ist für die Erfüllung derjenige Ort bestimmt, an welchen die Sache versendet wird, so ist natürlich erst an diesem Ankunftsorte von einer Besitzübergabe die Rede. Dieser Ort kann da sein, wo sich der Erwerber befindet, dann beurtheilt sich dort die Besitzübergabe ganz nach den gewöhnlichen Grundsätzen. Der Ort kann auch anderwärts sein, z. B. an der dem Käufer oder dem Verkäufer nächstliegenden Post oder Eisenbahnstation, oder einem anderen Mittelpunkte, wo der Erwerber weitere Verfügung über die Sache treffen will. Dieses Verhältniß erfordert eine nähere Betrachtung und dient sodann für den Uebergang zu dem eigentlichen Streitgebiete, nämlich der vom Erfüllungsorte ausgehenden Waarenversendung.

Merkwürdigerweise hat man in den vielfachen neueren Behandlungen der Besitzfrage bei der Waarenversendung auf den Erfüllungsort keine Rücksicht genommen. Man hat diese bei dem verschiedenartigsten Sachverhalte sich ergebende Frage allgemein lösen zu können geglaubt mit der einfachen Anwendung der Mandatsgrundsätze, ja sogar mit der Berufung auf die Quellenstellen über die briefliche Correspondenz[6]).

---

5) Insofern hat Ihering, Jahrbücher für Dogmatik Bd. IV. S. 419. u. Bd. II. S. 137. wohl Recht mit der Behauptung, daß der Schuldner „leisten kann, ohne die verkaufte Sache .... dem Käufer zu tradiren." Wenn dieser dem Verkäufer „z. B. den Auftrag gibt, den gekauften Vogel fliegen zu lassen," so wird allerdings „der Verkäufer, der dem Auftrage nachgekommen ist, damit frei." Aber diese Leistung ist nicht Erfüllung des Verkaufs, sondern übereinkunftsmäßige Leistung statt der Erfüllung, gleich der datio in solutum. In dem Auftrage des Käufers hingegen, „die nicht abgeholten und inzwischen verdorbenen Seefische auf den Mist zu werfen," liegt ein Verzicht auf die Erfüllung des Verkäufers; der Käufer ist frei, auch wenn er die Fische nicht gerade „auf den Mist" werfen würde.

6) Bei einer Correspondenz hat die Briefversendung den Hauptzweck, daß der Adressat von dem Inhalte Kenntniß nehme; eine Traditionspflicht und ein Erfüllungsort ist hiebei nicht vorhanden. Entsteht die nebensächliche Frage, ob und wann der Adressat Eigenthum oder Besitz an dem Briefe erlange, so können jene rechtsgeschäftlichen Momente, weil nicht vorhanden, natürlich nicht influiren.

2) Versendung nach einem für die Erfüllung bestimmten Zwischenorte.

§. 11.

In den zunächst zu betrachtenden Fällen hat die Erfüllung des Kaufgeschäftes an einem bestimmten zwischen dem Ort der Absendung und des Aufenthalts des Käufers liegenden Punkte zu geschehen. Der Käufer kann zur bestimmten Zeit selbst zur Uebernahme an den Erfüllungsort kommen oder einen Vertreter dahin senden oder daselbst aufstellen, — Verhältnisse, die hier nicht weiter in Betracht zu kommen haben. Er kann aber auch dem Verkäufer eine Person an dem Erfüllungsorte behufs der Uebergabe unter der Adresse des Käufers bezeichnen, welche die Waaren bis zur Verfügung des Adressaten in Aufbewahrung nimmt (Privatperson, Fuhrmann, Spediteur, Lageranstalt, poste restante) [1]).

Ist vertragsmäßig in dieser Weise hier übergeben worden, so hat der Verkäufer erfüllt, indem er seinerseits alles gethan hat zur Uebertragung des Eigenthumsbesitzes an den Käufer; er hat seinen Besitz zu Gunsten desselben aufgegeben. Der Käufer hat den Besitzwillen seinerseits erklärt, indem er als Käufer dem Inhalte des Geschäfts gemäß hier in der von ihm bezeichneten Weise die Uebergabe gewollt hat. Es kommt wegen des thatsächlichen Besitzmomentes nur noch darauf an, welche Stellung hierbei der Uebernehmer der Waare einnimmt.

Die Bezeichnung der Person ist kein Auftrag des Käufers an dieselbe zur Uebernahme. Sie ist auch keine Ermächtigung des Verkäufers, der bezeichneten Person Namens des Käufers einen Auftrag zur Uebernahme zu ertheilen; dies müßte vom Käufer bestimmter erklärt sein und dann nothwendig dem Uebernehmer durch den Versender auch eröffnet werden. Noch weniger ist sie eine Ermächtigung des Verkäufers zur Substitution eines Dritten für die Uebernahme, da er selbst nicht zur Uebernahme beauftragt ist, somit hiezu auch nicht substituiren kann. Die Bezeichnung der Person, welcher übergeben werden soll, ist sohin

1) Gleichgiltig für die Besitzfrage ist es, ob der Verkäufer die Versendung bis zum Erfüllungsorte selbst ausführt, oder durch einen Dritten, und sei es auch die bezeichnete Person selbst, ausführen läßt.

nichts anderes als eine Willenserklärung des Käufers gegenüber dem Verkäufer, durch die bestimmte nichtbeauftragte Person (negot. gestor) übernehmen zu wollen, und enthält zugleich eine gegenüber dem Verkäufer im voraus ertheilte Genehmigung der in der Uebernahme liegenden Geschäftsbesorgung. Indem die bezeichnete Person am Ankunftsorte die Waare zur Auslieferung an den benannten Adressaten übernimmt und verwahrt, bis derselbe die Sache abholt oder holen läßt oder sonst darüber verfügt, übt sie hier die Inhabung für den Adressaten aus, handelt als dessen Stellvertreter ohne seinen Auftrag, lediglich auf Anlaß des Versenders. Diese Stellvertretung ist nicht mehr abhängig von einer Genehmigung, weil der Käufer an seine Willenserklärung gegenüber dem Verkäufer gebunden ist, sie bewirkt deßhalb sofort den Besitzerwerb für den Käufer.

Gleichgiltig ist nach früher entwickelten Grundsätzen, ob der stellvertretende Uebernehmer von dem eigentlichen Besitzverhältnisse Kenntniß hat oder nicht; es genügt, daß der Verkäufer den Besitz zu Gunsten des Käufers abtreten, dieser ihn erwerben will, und der Vertreter die äußerlich entsprechende Handlung der Sachübernahme vornimmt [2]).

Mit dem Vorbehalte, die gewöhnlichen Einwendungen nach Betrachtung der zusammengehörigen Fälle gemeinsam zu behandeln, gehen wir in der hier nothwendigen Casuistik einen Schritt weiter. Der Verkäufer erhält die Weisung, an dem Zwischenorte, wo er zu erfüllen hat, z. B. an dem seiner Niederlassung am nächsten liegenden Handelsplatze oder Eisenbahnstations-Orte, der bezeichneten Person unter der Adresse des Käufers zu übergeben, jedoch nicht zur vorläufigen Verwahrung und seinerzeitigen Auslieferung, sondern zur Weiterbeförderung an den Käufer (Frachtführer, Spediteur, Eisenbahn, Post).

Das Verhältniß zwischen Verkäufer und Käufer in Bezug auf die Besitzabtretung am Erfüllungsorte ist hier ganz dasselbe wie in dem vorher betrachteten Falle. Weiter zu untersuchen ist nur die Stellung der zur Weiterbeförderung am Erfüllungsorte bezeichneten Person.

---

2) Siehe oben §. 3. Nr. 2. lit. b. u. Note 8 fg.

Der Uebergebende kann dem Uebernehmer, z. B. Frachtführer oder Spediteur, erklären, daß er für den benannten Adressaten, an welchen hier zu übergeben ist, übernehmen möge. Läßt sich derselbe darauf ein, so übernimmt er als Vertreter des Adressaten ohne dessen Auftrag (negot. gestor). Durch die Bezeichnung der Person von Seite des Käufers ist der Verkäufer zu jener Erklärung gegenüber derselben ermächtigt, da er am Erfüllungsorte zu übergeben hat und zwar der ihm bezeichneten Person übergeben soll; es liegt sohin für die Waarenübernahme derselben als Vertreters des Adressaten schon dessen Genehmigung gegenüber dem Verkäufer vor. Der Besitzerwerb des Käufers wird darum auf dieselbe Weise vermittelt, wie vorher entwickelt worden. Das weiter hinzukommende Frachtgeschäft kann hieran nichts ändern, gleichviel ob die Verfrachtung oder Spedition auf Namen des Käufers (Adressaten) oder nur auf Rechnung desselben geschehen soll.

Die Uebergabe an die zur Weiterbeförderung bezeichnete Person mit einer derartigen Erklärung des Uebergebenden, wie die so eben betrachtete, bildet nicht die Regel. Gewöhnlich geschieht sie ohne eine solche, insbesondere gegenüber öffentlichen Frachtanstalten (Post, Eisenbahn), die sich auf solche besondere Stellvertretungen in den bezeichneten Weiterbeförderungsfällen gar nicht einzulassen pflegen. Dann kann der Besitzerwerb am Erfüllungsorte auch nicht durch Stellvertretung des Uebernehmers der Waare vor sich gehen. Mit der Betrachtung dieses Verhältnisses stehen wir aber bei der Haupt-Streitfrage, welche am meisten in den Fällen einer vom Erfüllungsorte ausgehenden Versendung erhoben wird und in Beziehung auf dieselbe nun zu untersuchen ist.

3) Waarenversendung vom Erfüllungsorte aus.

§. 12.

In der Regel ist am Orte, wo der Verkäufer zur Zeit des Vertragsabschlusses seine Niederlassung hat, von demselben zu erfüllen. Dies gilt als gemeint, wenn nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt oder aus den Umständen zu entnehmen ist; letzteres wird insbesondere dann angenommen, wenn eine bestimmte anderswo befindliche Sache (species) verkauft

wird [1]). In dieser Weise bestimmt auch das Handelsgesetzbuch Art. 342. den gesetzlichen Erfüllungsort mit der näheren Bezeichnung, daß als solcher in Ermangelung einer Handelsniederlassung der Wohnort des Verkäufers gilt. Wenn nun in solchen Fällen der Käufer am Orte der Erfüllung nicht anwesend ist, um zu übernehmen, so ist es zunächst seine Sache, eine Bestimmung bezüglich der Waarenübergabe zu treffen.

Stellt er seinerseits eine Person zur Uebernahme und Weiterbesorgung auf, so wird für ihn der Besitz durch die Uebernahme des beauftragten Vertreters erworben. Bezeichnet er dem Verkäufer eine Person, durch welche die Uebernahme für ihn und sodann die Weiterbeförderung an ihn stattfinden soll, und läßt sich diese Person darauf ein, so wird durch die Uebergabe des vertragsmäßigen Gegenstandes an dieselbe für den Käufer (Adressaten) der Besitz vermöge der Vertretung durch den nicht beauftragten Uebernehmer (neg. gestor) und vermöge der bereits dem Verkäufer gegenüber erklärten Genehmigung erworben, wie schon näher entwickelt worden [2]).

Regelmäßig geschieht es bei Versendungen, daß nicht in Geschäftsführung für den Adressaten übernommen wird, sondern daß lediglich zur Weiterbeförderung an den Adressaten übergeben werden kann [3]); der Empfänger der zu versendenden Sache tritt nicht in das Verhältniß eines Vertreters zu dem Adressaten bezüglich der Uebernahme, durch ihn kann also Mangels einer stellvertretenden Verrichtung für den Käufer der Besitzerwerb nicht vermittelt werden [4]).

Nun soll aber der Verkäufer vertragsgemäß am Orte seiner Niederlassung oder da, wo die gekaufte bestimmte Sache sich befindet, erfüllen, d. i. dem Käufer den Gegenstand des Kaufs (mindestens) zum Eigenthumsbesitze übertragen [5]) und zwar nach

---

1) Thöl, Handelsrecht §. 78. Nr. 2.

2) Siehe oben §. 11.

3) Dieses Verhältniß hat meine Abhandlung im Archiv für Wechselrecht und Handelsrecht Bd. XVI. S. 275. Ziffer 1. zum Gegenstande.

4) Siehe hierüber oben §. 2. u. §. 3.

5) Siehe oben §. 10. Note 3. u. 4. Für solche Fälle kann somit der Einwand Goldschmidts, Handelsrecht S. 627. lit. a: der Versender wolle „regelmäßig, daß dem Adressaten erst mit der Ausantwortung nach beendigtem Transport Besitz .... erworben sei," nicht gemeint sein.

Weisung desselben durch Versendung an den Adressaten[6]); vernünftigerweise muß dann die übereinstimmende Meinung dahin gehen, daß der Verkäufer bei der Versendung für sich den Besitz aufgebe und, weil derselbe nicht verloren gehen soll, zu Gunsten des Käufers abtrete. Indem nun der Verkäufer dieser Meinung gemäß handelnd die Zusendung besorgt, vertritt er selbst bei der beiderseits gewollten Besitzabtretung den Käufer, da der Empfänger der Waare (Eisenbahn, Post) eine solche Vertretung nicht übernimmt. Diese Vertretung durch den Verkäufer als bisherigen Besitzer ist rechtswirksam; indem er bei der Abgabe der Sache zur Weiterbeförderung an den Adressaten nicht mehr für sich besitzen will, sondern für den Käufer Besitz ausübt, macht er diesen zum juristischen Besitzer[7]).

Der Grund der Besitzausübung für den Käufer ist die Erfüllung der auf Besitzübergabe (Tradition) gerichteten Vertragspflicht des Verkäufers. Ein weiterer Grund ist noch die Besorgung der Versendung für den Käufer vom Erfüllungsorte aus zufolge einer Nebenbestimmung des Kaufvertrags. Ein Bewußtsein der Betheiligten von der rechtlichen Qualification ihrer Stellung bei dem Vorgange des Besitzerwerbes ist nicht nothwendig; es genügt der beiderseitige Wille, daß bei der Versendung erfüllt, d. i. Besitz zu Gunsten des Käufers abgetreten werde und der diesem Willen entsprechende Act der Versendung an die Adresse des Käufers.

Das auf die Aufgabe der Sache behufs der Beförderung an die Adresse des Käufers folgende Verhältniß macht keinerlei rechtliche Schwierigkeit. Bei dieser Aufgabe der Sache wechselt die Stellung des Verkäufers zu derselben. Indem er den Besitz abtritt und für den Käufer ausübt, tritt er in das Verhältniß der

---

6) Der Bezeichnung der Versendungsart und insbesondere der befördernden Person durch den Käufer steht es gleich, wenn derselbe dem Verkäufer die Bestimmung darüber überläßt, und letzteres wird gemäß Art. 344. des Handelsgesetzbuchs angenommen, wenn der Käufer keine besondere Weisung darüber gegeben hat. — Ueber den Einfluß der Voraussetzung einer vertragsmäßigen Beschaffenheit der übergebenen Sache siehe unten §. 13.

7) L. 18. pr. D. de poss. siehe oben §. 7. Vergl. auch Nürnberger Protocolle S. 1377. Für den Besitz des Käufers lassen sich hier auch die praktischen Gründe anführen, welche Goldschmidt, Handelsrecht S. 701 fg., für den Besitzerwerb an Gütern geltend macht, die zur See unter Connossementsbegebung versendet werden.

bloßen Inhabung; dieses Verhältniß wird durch den Empfänger der zu versendenden Sache und dessen Nachmänner vermöge des Speditions- oder Frachtvertrages substitutionsweise fortgesetzt bis zur Auslieferung an die Adresse. Nicht allein die Nichtkenntniß des Besitzverhältnisses von Seite dieser Mittelspersonen, sondern auch der Mangel eines Willens, ihrerseits den Adressaten zu vertreten, ist hiebei völlig gleichgiltig, da es sich in ihrer Hand nur um die Fortsetzung des Besitzes handelt, welcher dem Käufer durch Vertretung des Verkäufers bereits erworben ist[8]).

Die rechtliche Construction der Besitzübertragung in dem bezeichneten Sachverhältnisse ist somit gar nicht so künstlich, als man sich gewöhnlich vorzustellen pflegt. Das Resultat stimmt auch überein mit der Anschauung, welche dem neueren Rechte zu Grunde liegt[9]); es stimmt insbesondere auch überein mit der neuern Gesetzgebung, welche die Frage mit richtigem Takte entscheidet[10]). Die

8) Vgl. l. 30. §. 6. D. de poss. u. oben §. 5. u. 8. Wenn auch der Frachtführer für den Absender detinirt (Goldschmidt, Handelsrecht S. 753. Note 56.), so kommt in Betracht, daß hier der Versender die für ihn stattfindende Inhabung selbst wieder für den Käufer ausübt.

9) Siehe hierüber Goldschmidt §§. 66. Note 55. Das Deutsche Handelsgesetzbuch hat die gegentheilige Lehre nicht „befestigt", da es keine Vorschrift hierüber enthält. Der Vorwurf eines „unjuristischen Princips" (Goldschmidt a. a. O. S. 638.) ohne Unterscheidung der Fälle hat keine Berechtigung. Für den Besitzübergang bei Aufgabe der Waaren zur Versendung hat sich das Erkenntniß des Oberappellationsgerichts Celle vom 10. November 1864 (Zeitschrift für gesammt. Handelsrecht Bd. IX. S. 363.; Verkäufer war ersucht „per Eisenbahn zu senden") ausgesprochen, allerdings unter der unzulässigen Betrachtung, als sei die Eisenbahnstation der vom Verkäufer „für den Käufer bestellte Empfangsmandatar".

10) Preuß. Landrecht I. 11. §§. 128. u. 129.; Sächs. Gesetzbuch §. 204.; Oesterr. Gesetzbuch §. 429. Dieselben fordern, daß der Erwerber (Käufer) die Versendungsart bestimmt oder dem Versender selbst die Bestimmung überlassen oder genehmigt habe. Sie haben hierbei die Fälle einer Erfüllung am Versendungsorte im Auge; in Fällen, in denen nach einem anderen Erfüllungsorte hin zu versenden, wäre die Bestimmung der Versendungsart eigene Angelegenheit des Veräußerers, nicht Sache des Erwerbers. — Exner a. a. O. S. 150. findet in §. 429. des Oesterr. Gesetzbuchs einen „singulären Fall eines abgeleiteten Eigenthumserwerbs ohne Tradition", eine „Ausdrucksform der Fiction" („überschickte Sachen ... werden ... für übergeben gehalten"), ..., „keine Tradition". Er verneint deßhalb auch, daß „Besitz im Momente der Aufgabe des Guts auf den Destinatär übergehe" und spricht demselben „weder Usucapion noch Interdicte" zu. Exners „Fiction" ist jedoch nicht in §. 429. enthalten. Die Worte: „werden .... für

herrschende Strömung der Theorie, welche der entgegengesetzten Rechtsanschauung folgt, verdient darin einen Vorwurf, daß sie zum Theil auf den viel zu engen Mandats-Gesichtspunkt sich beschränkt, oder mit allgemeinen Sätzen aus der Besitzlehre, welche überdies einer Correction bedürfen, ohne genügende Unterscheidung der concreten Sachverhältnisse operirt, zum Theil viel Fremdartiges einstreut, was nicht zur Frage gehört.

4) Prüfung der Gegengründe.

§. 13.

Prüft man die Einwendungen gegen die Annahme einer Besitzübertragung bei der vom Erfüllungsorte ausgehenden Versendung veräußerter Waaren, so beruhen dieselben theils auf Unrichtigkeiten bezüglich der rechtlichen Erfordernisse der Stellvertretung im Besitze, theils auf einem Mangel an der geeigneten Auseinanderhaltung rechtlich verschiedener Beziehungen.

Gewöhnlich wird ein Auftrag des Adressaten an die Zwischenperson zur Empfangnahme, überhaupt eine Vertretung desselben im Besitzerwerbe durch die Zwischenperson gefordert. Hierauf kommt es jedoch überall da nicht an, wo der Versender selbst durch seine Besitzstellvertretung den Käufer zum Besitzer macht und nur die Inhabung durch die Zwischenperson fortgesetzt wird.

Im Besitzrechte nicht begründet ist ferner die Voraussetzung, daß die „Mittelsperson mit dem Wissen und Willen des Adressaten" empfangen müsse[1]). Uebernimmt die Mittelsperson für den Adressaten, so genügt der Wille desselben, durch den Ueber-

---

übergeben gehalten" stehen schon in dem ersten Satze, welcher von dem Falle handelt, „wenn sie (die überschickten Sachen) der Uebernehmer (Erwerber) erhält," dann folgen die Worte: „es wäre denn daß dieser die Ueberschickungsart selbst bestimmt oder genehmigt hätte." Das Gesetz hat also nicht eine „fingirte" Uebergabe im Sinne. Randa, Besitz S. 129. u. 202., nimmt für das Oesterr. Recht gemäß des angeführten §. 429. ebenfalls eine „gesetzliche Fiction" an, abgesehen von dem Falle, „wenn der (Transport-) Uebernehmer den Willen hat, für den Destinatär Besitz zu erwerben." Wenn dem Letzteren der Besitz schon durch die Vertretung des Versenders (const. poss.), also durch eine wirkliche Besitzabtretung erworben wird (siehe Note 7. und 8.), kommt auf die Absicht der Mittelsperson nichts mehr an.

1) So Thöl, Handelsrecht §. 78. Note 14 a.

nehmer zu erwerben; das Wissen der Empfangnahme oder des Erwerbs ist seinerseits rechtlich nicht nothwendig. Siehe oben §. 2. Note 13.

Für die Besitzfrage gleichgiltig ist es, daß die Verpflichtung des Verkäufers zur Versendung vom Erfüllungsorte aus als eine Nebenbestimmung des Kaufvertrages und nicht als Uebernahme der weitern „Function eines Mandatars oder Geschäftsführers" bezüglich der Versendung zu betrachten ist[2]). Hat der Verkäufer am Versendungsorte den Kaufvertrag mit dessen Nebenbestimmung zu erfüllen, so besteht die Erfüllung an diesem Orte eben in der Besitzabtretung der verkauften Sache durch Versendung, und die Besitzabtretung geht, wenn kein Anderer den Käufer vertritt, mittelst eines constitutum possessorium vor sich, wozu die erforderliche Uebereinstimmung schon in dem Kaufvertrage und der Nebenbestimmung desselben liegt. Siehe §. 12. Note 5 fg. Geht die Uebergabe am Erfüllungs- und zugleich Versendungsorte durch die Besitzstellvertretung des Versenders vor sich, so ist die Versendungspflicht lediglich auf die Auslieferung der Sache seitens des Besitzstellvertreters an den Besitzerwerber gerichtet. Aus der Verpflichtung des Verkäufers zur Versendung ergibt sich daher nicht, daß er „nicht am Erfüllungsorte, sondern an einem anderen Platz tradirt", folglich auch nicht, „daß mit der Absendung die Erfüllung der Traditionspflicht nur begonnen hat"[3]).

Die Vorstellung, als bilde die Zwischenperson „eine Verlängerung des Armes des Absenders," durch welche derselbe „die Waare dem entfernten Adressaten hinreicht", ist ohne eine bestimmte Beziehung von keiner rechtlichen Bedeutung. Sie ist jedoch

---

2) Vergl. Goldschmidt, Handelsrecht S. 632. Die Nebenbestimmung bezüglich der Versendung enthält für den Verkäufer, welcher nicht selbst den Transport ausführt, eine Verpflichtung zur Vertragsschließung mit einem Dritten im Interesse des Käufers. Diese Vertragsschließung (Speditions- oder Frachtvertrag) geht auf den Namen des Versenders, wenn auch auf Rechnung des Adressaten; der Versender ist daher nicht Stellvertreter desselben im Sinne des heutigen Rechts. Dies wäre nur dann der Fall, wenn der Vertrag über die Versendung auf den Namen des Adressaten abgeschlossen würde, wozu eine Ermächtigung oder eine Genehmigung des Letzteren nothwendig wäre. Vergl. meine Abhandlung im Archiv für Wechselrecht, Bd. XVI. S. 276. Note 46 fg.

3) Dies scheint dem Zusammenhange nach aus jener Verpflichtung von Goldschmidt, Handelsrecht S. 632., geschlossen zu werden.

in unserem Falle nicht unrichtig, wenn sie auf die Auslieferung der Sache von Seite des besitzstellvertretenden Verkäufers an den Besitzerwerber bezogen wird; dagegen wäre sie, auf die Besitzübergabe bezogen, hier nicht zutreffend, weil schon am Orte der Versendung zu erfüllen und somit zu übergeben ist[4]). Diese Auslieferung durch die Zwischenperson an den Erwerber nach bereits erfolgtem Besitzübergange hat rechtlich nichts Besonderes an sich. Derselbe Vorgang zeigt sich bei jeder Stellvertretung im Besitze. Der Stellvertreter, welcher Inhaber der Sache ist oder dieselbe von einer Mittelsperson innehaben läßt, hat die Sache noch an den juristischen Besitzer auszuliefern; mit der Auslieferung erlangt derselbe dann zu seinem juristischen Besitze auch die thatsächliche Inhabung (Detention)[5]).

Von keinem rechtlichen Einflusse ist es, ob der Verkäufer die Kosten der Versendung übernommen hat oder nicht, da hiedurch der Erfüllungsort keine Aenderung erleidet. Handelsgesetzbuch Art. 345 a. E. Eigentlich bezieht sich dieser Punkt nur auf die Behandlung des Preises. Uebernimmt der Verkäufer solche Kosten, so sind sie schon in der Preisberechnung enthalten.

Die Annahme, es wolle der „unbezahlte Verkäufer dem Adressaten gar nicht oder doch erst von dem Augenblicke an creditiren, da nach beendigtem Transport die Aushändigung der Waare an denselben erfolgt ist“[6]), bedarf einer wesentlichen Modification. Der Verkäufer, welcher den Besitz sich nicht besonders vorbehält, vertraut diesen bei der Erfüllung dem Käufer an, weil dieselbe eben in der Uebergabe der verkauften Sache zum Besitze an den Käufer besteht, selbst wenn das Eigenthum nicht creditirt ist. (S. ob. §. 10. Note 1—3.) Wenn nun am Orte der Versendung zu erfüllen ist, so liegt schon hier in der Erfüllung durch Ver-

4) Goldschmidt, welcher das angeführte Gleichniß gebraucht (Handelsrecht S. 630.), mag hiebei wohl an den Fall denken, in welchem die Versendung „nach dem vertragsmäßigen oder gesetzlichen Erfüllungsorte hin“ (vergl. daselbst S. 632. Note 40a.) geschieht; in einem solchen Falle (Handelsgesetzbuch Art. 345. Absatz II.) ist jene Auffassung auch in Beziehung auf die Besitzübergabe statthaft.

5) Mit Recht bemerkt Goldschmidt, Handelsrecht S. 630.: „Unterbleibt die wirkliche Hingabe oder Annahme, so wird dadurch weder entschieden, daß die Absendung keine Tradition war, noch gar der auf den Adressaten bereits übergegangene Besitz auf den Absender zurückübertragen.“

6) Goldschmidt, Handelsrecht S. 627. lit. a.

sendung die Besitzanvertrauung. Dagegen der „Gewalt über die Waare" und somit „dieser Sicherheit"[6]) entschlägt der Versender sich dadurch noch keineswegs. Indem er mit der Zwischenperson den Vertrag bezüglich der Uebersendung auf seinen Namen schließt, hat er durch dieselbe nicht nur mittelbar noch die Inhabung, sondern auch die Verfügungsgewalt mittelst veränderter Anweisungen während der Verfrachtung, mithin das Rückbehaltungsrecht. Handelsgesetzbuch Art. 402.

Für die Besitzfrage entscheidet das Verfügungsrecht nichts, vermöge dessen der Versender „durch anderweitige Verfügung an die Zwischenperson die Auslieferung an den Adressaten hindern" kann[7]). Dasselbe steht auch dem nichtbesitzenden Versender zu Gebote und beruht auf dem obligatorischen Verhältnisse des Versenders zur Zwischenperson zufolge des auf seinen Namen mit ihr geschlossenen Vertrags. In Gemäßheit dieses Vertrags mit dem Versender ist der Spediteur oder Frachtführer demselben verpflichtet, seinen Anordnungen bezüglich des Frachtguts zu entsprechen, gleichviel wem der Besitz an der Sache zustehen mag[8]). Ob jedoch der Versender auch dem Adressaten gegenüber, insbesondere der Verkäufer gegenüber dem Käufer zu einer anderweitigen Verfügung berechtigt sei, beurtheilt sich aus dem zwischen diesen Personen bestehenden Rechtsverhältnisse.

Anderseits wird auch durch den in Frage stehenden Besitzerwerb des Käufers an dessen Befugniß, beim Gattungskaufe die übersendete Waare Mangels der vertragsmäßigen oder gesetzlichen Beschaffenheit dem Versender zur Verfügung zu stellen oder eine Preisminderung geltend zu machen, nichts geändert. Diese Befugniß wird nur berührt durch die Billigung der Waare oder die gesetzliche Annahme der Billigung, welche aber nicht mit dem Besitzerwerbe, nicht mit der Ablieferung an den Käufer und nicht mit seiner Empfangnahme zusammenfallen[9]). Auch die gesetzliche

---

7) Goldschmidt, Handelsrecht S. 628. Note 35. Derselbe will auch (S. 627.) die „Einmischung" der Frage „der an sich nur obligatorischen Verfügungsbefugniß über die angenommenen Zwischenpersonen vermieden" wissen. Vergl. daselbst auch S. 629. in Note 35. u. S. 637. in Note 59 a. E.

8) Wer z. B. eine entlehnte Sache dem Besitzer zurücksendet, hat vermöge des mit der Zwischenperson geschlossenen Vertrags dasselbe Verfügungsrecht.

9) Thöl, Handelsrecht §. 85 b. S. 510. Nr. 4.

Annahme der Billigung tritt nicht schon ein, wenn die Waare angekommen und entgegengenommen ist; es kommt noch auf die nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange thunliche Untersuchung und Anzeige an. Dieselbe ist in vielen Fällen nicht einmal unmittelbar bei der Ablieferung thunlich oder möglich, sondern geschieht erst nach derselben [10]). Ja bei nicht sofort sich ergebenden (heimlichen) Mängeln kann jene Befugniß sechs Monate lang nach der Ablieferung bestehen. Handelsgesetzbuch Art. 347. Absatz III. u. Art. 349. Somit findet dieselbe ganz ohne Rücksicht auf den erfolgten Besitzübergang statt [11]). Geht dieser auch schon bei der Versendung vor sich, so kann es sich demzufolge noch gar nicht um die Wahrnehmung der Interessen des Käufers in Betreff der Waarenbeschaffenheit handeln [12]).

Endlich das Verfolgungs- oder Absonderungsrecht, vermöge dessen nach Landesgesetzen der unbezahlte Verkäufer entweder die unterwegs befindliche oder auch die bereits ausgelieferte Waare wieder zurückfordern darf, steht ebenfalls in keinem rechtlichen Zusammenhange mit dem Besitzübergange [13]). Dieses aus Gründen der Billigkeit eingeführte besondere Schutzrecht steht dem Verkäufer ungeachtet des erfolgten Besitz- und Eigenthumserwerbs auf Seite des zahlungsunfähigen Käufers

---

10) Handelsgesetzbuch Art. 347. Bei manchen Artikeln findet sie sogar erst nach einem Zwischenraume statt, z. B. bei Weinen erst nach der auf die Reise hin erforderlichen Ruhezeit (gewöhnlich 14 Tage). Sehr häufig wird auch bei Waarenversendungen in den Facturen eine 14tägige Frist zur Anzeige („Reclamation") gewährt.

11) Meine Abhandlung im Arch. f. Wechselrecht Bd. XVI. S. 279. u. 280. Vergl. auch Goldschmidt, Handelsrecht S. 717. in Note 35.

12) Durch die Unterscheidung des Besitzerwerbs und der Billigung der Waare nach der Ablieferung berichtigt sich von selbst das von Volgt, Neues Archiv Bd. III. S. 267., in Beziehung auf Spediteure Bemerkte. Wenn Goldschmidt, Handelsrecht S. 635., bezüglich der „definitiven Entgegennahme" bemerkt: „Frachtführer und selbst Spediteure sind selten die zur Wahrnehmung dieser Interessen des Adressaten geeigneten Vertreter," so gilt dies nicht von dem Besitzerwerbe; denn die „definitive Entgegennahme", m. a. W. die Billigung der Waare, bleibt dem Empfänger bis „nach der Ablieferung" (Handelsgesetzbuch Art. 347.) vorbehalten.

13) So auch Goldschmidt in Beziehung auf den Besitzerwerb durch Connossement oder andere Waarenpapiere, Handelsrecht §. 73. Note 66., §. 75. Note 77.

unter den gesetzlichen Voraussetzungen zu und ist auf die Aufhebung (Rescission) dieses Erwerbs gerichtet[14]).

Schließlich mag noch ein Verhältniß berührt werden, welches auch mit dem Besitzerwerbe bei einer Versendung in Verbindung gebracht wird, nämlich der Uebergang der Gefahr auf den Käufer[15]). Derselbe hat nicht die Uebergabe (Tradition) der gekauften Sachen zur rechtlichen Voraussetzung. Beim Kauf einer bestimmten Sache (species) geht die Gefahr schon mit dem vollendeten Kaufsabschlusse an den Käufer über und beruht dies auf der Rücksicht, daß die Verpflichtung zur Uebergabe durch die Unmöglichkeit der Leistung erlischt, während die Verbindlichkeit zur Zahlung des Preises dadurch keine Aenderung erleiden soll. Aehnlich verhält es sich bei einem Kauf der Gattung nach[16]). Die Gefahr geht hiebei an den Käufer über, wenn der aus der Gattung vertragsgemäß ausgeschiedene Leistungsgegenstand ein endgiltig bestimmter geworden ist, gleichviel ob dieses mit der Erfüllung zusammenfällt oder schon vorher vor sich geht[17]). Bedeutung für die Frage des Besitzübergangs hat die Lehre von der Gefahr nur insofern, als die letztere jedenfalls mit der Besitzübergabe (Tradition) an

14) Vergl. hierüber Goldschmidt, Handelsrecht §. 82. Meine Abhandlung im Archiv für Wechselrecht und Handelsrecht Bd. XVI. S. 296. in Note 70. — Behufs der rechtlichen Construction könnte man dieses Aufhebungsrecht zurückführen auf eine in der Geschäftsschließung liegende Voraussetzung von resolutorischer Bedeutung für den Fall der Insolvenz.

15) So meint Exner a. a. O. S. 149., der §. 429. des Oesterr. Gesetzbuchs im Schlußsatze (siehe ob. §. 12. Note 10.) sei nur gemacht, damit der Käufer „unter die Norm des §. 1311. falle" d. h. die Gefahr trage.

16) Wenn vor der Leistung des Verkäufers ein vorliegender oder vorläufig zur Lieferung bestimmter Gegenstand vom Käufer mit Zustimmung des Verkäufers gewählt, beziehungsweise genehmigt wird, so geht das Geschäft in einen Kauf einer bestimmten Sache (species) über.

17) L. 8. pr. D. de peric. (18, 6.): perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet. Et si id quod venierit, appareat, quid quale quantum sit, ... perfecta est emtio. Erst in dem oben bezeichneten Momente kommt der wirkliche Kaufsgegenstand zum Vorschein. Auf einen solchen ist es bei jedem Gattungskaufe abgesehen. Da der Verkauf einer Sache das Versprechen der Uebergabe der Sache in sich begreift, so hat auch beim Gattungskaufe schon die Verpflichtung des Verkäufers eine künftig bestimmte Sache (species futura) zum Gegenstande; denn das Versprechen der Uebergabe (Tradition) einer Gattungssache hätte eine begriffliche Unmöglichkeit zum Inhalte. — Ihering dagegen, Jahrbb. für Dogmatik Bd. IV. S. 384. u. 418. meint: „geschuldet wird stets nur ein genus, nie eine spe-

den Käufer übergeht, also umgekehrt die Vollendung der Uebergabe nicht angenommen werden kann, so lange der gesetzliche Gefahrsübergang an den Käufer nicht eingetreten ist.

Prüft man an diesem Verhältniß das in §. 12. enthaltene Resultat, so steht dasselbe hiemit in vollem Einklang. Unter den dort entwickelten Voraussetzungen ist der Besitzübergang eingetreten mit dem Acte der Uebergabe zur Versendung, und mit demselben Vorgange ist unter gleichen Voraussetzungen auch der gesetzliche Uebergang der Gefahr an den Käufer nach Art. 345. Absatz I. des Handelsgesetzbuchs verbunden.

C. Besitzübertragung mittelst Begebung von Waarenpapieren.

I. Forderungsverhältniß.

§. 14.

Bevor die Frage des Besitzes an den Waaren beurtheilt werden kann, muß das obligatorische Verhältniß in den Waarenpapieren betrachtet werden, deren ausgebildetste Form in dem Connossemente sich darstellt.

Das Connossement enthält außer dem Empfangsbekenntniß über die verladenen Güter das Versprechen des Schiffers, dieselben an die als Empfänger bezeichnete Person gegen das Connossement auszuliefern. Handelsgesetzbuch Art. 645. u. 647.[1]) Das Auslieferungsversprechen im Connossement hat die als empfangen bekannten, also bestimmte Sachen (species) zum Gegenstande; es unterscheidet sich hiedurch von einem Lieferungs- oder Summenversprechen, welches auf eine Sachleistung aus einer Gattung gerichtet ist. Das Auslieferungsversprechen enthält im Connossement den rechtlichen Verpflichtungsgrund (causa debendi), nämlich die Empfangnahme des Frachtgutes; es ist kein von seinem Grunde rechtsförmlich gelöstes Versprechen, kein s. g. formales Geschäft in

cies," „Object des debere ist bis zum letzten Moment das genus, Object des solvere die species." Beim Gattungskaufe verpflichtet sich aber der Verkäufer, aus einer Gattung eine wenigstens zur Zeit der Erfüllung bestimmte Sache zu leisten; eine solche Leistung ist Gegenstand der Schuld wie der Erfüllung.

1) S. auch Goldschmidt, Handelsrecht §. 70. Note 1. u. 2. Wilda, Rechtslexicon Bd. III. S. 32.

dieser Richtung. Der Schiffer hat nicht zu liefern, sondern „die Güter auszuliefern." Handelsgesetzbuch Art. 647. Daraus erklärt sich auch die Veränderlichkeit des Verpflichtungsinhalts durch das Schicksal der Güter auf der Reise (Handelsgesetzbuch Art. 504. Absatz 3., Art. 607. 702. 703.) und die hierauf bezügliche Belastung der Güter (Handelsgesetzbuch Art. 681. 697. 702. 727. u. 753).[2])

Die Auslieferungsverpflichtung richtet sich jedoch nicht nach dem wirklichen Empfange, sondern nach dem Empfangsbekenntniß; der Schiffer verpflichtet sich so auszuliefern, wie er empfangen zu haben im Connossement bekennt. Handelsgesetzbuch Art. 653. u. 654.[3]) Weil der Schiffer nach Maßgabe des Empfangsbekenntnisses auszuliefern verspricht, gibt es keinen Gegenbeweis über den wirklichen Empfang. Durch diesen Verpflichtungsinhalt erlangt das Auslieferungsversprechen auch einen formalen Bestandtheil; nicht der wirkliche, sondern der erklärte Empfang, somit der formale Inhalt des Versprechens entscheidet[4]). In dem Empfangsbekenntnisse jedoch kann dieser Inhalt verschiedenartig modificirt werden durch Connossementsclauseln. Handelsgesetzbuch Art. 655—660.

Dieser formalen Seite entspricht die Ablösung des Auslieferungsversprechens von dem Frachtvertrage, welcher zwischen dem Verlader (Ablader) und dem Verfrachter besteht, und zwar nach einer zweifachen Richtung. Diese Ablösung betrifft eine subjective Seite des Frachtvertrags, indem das Auslieferungsversprechen von der Person des Absenders oder Verladers völlig losgetrennt ist und vermöge Begebung des Papiers mit der Person des Nehmers verknüpft wird. Handelsgesetzbuch Art. 647 u. 653. Sodann besteht eine Ablösung in Beziehung auf den Inhalt des Frachtvertrags, indem derselbe gegenüber dem Inhaber des Connossements keine rechtliche Wirkung hat, soweit dessen Be-

---

2) Erner a. a. O. S. 208. bemerkt insofern nicht ganz richtig über den Anspruch aus dem Connossement, daß derselbe „von der causa der zu effectuirenden Lieferung in keiner Weise berührt" werde. Vergl. übrigens Note 4.

3) Der Grund liegt in der nothwendigen Sicherung des empfangsberechtigten Inhabers des Connossements, welcher auf den Inhalt desselben vertraut.

4) Goldschmidt, Handelsrecht S. 686., argumentirt umgekehrt: „weil gegen das Empfangsbekenntniß der Gegenbeweis völlig ausgeschlossen ist," characterisirt sich die Forderung als eine „lediglich auf der Schrift beruhende und der Schrift gemäße." Warum aber ist der Gegenbeweis ausgeschlossen?

stimmungen nicht in dasselbe aufgenommen sind oder darin ausdrücklich auf sie Bezug genommen ist. Handelsgesetzbuch Art. 653.

Die Verknüpfung der Berechtigung aus dem Auslieferungsversprechen mit der als Empfänger bezeichneten Person ist zu erklären durch die Vermittelung des Verladers. Der Schiffer ist dem Verlader durch das Frachtgeschäft verpflichtet, im Connossement ein Auslieferungsversprechen zu seiner Verfügung auszustellen. Handelsgesetzbuch Art. 644 u. 646. Dieses Versprechen an eine dritte als Empfänger bezeichnete Person ist noch einseitig vor der Begebung des Connossements durch den Verlader, noch ein Antrag (Offert) gegenüber jener dritten Person; vermöge der Vereinbarung zwischen dem Schiffer und Verlader aber ist der Antrag schon bindend, d. h. er kann nicht mehr einseitig zurückgenommen werden. Beim Acte der Begebung nun wird von dem als Empfänger bezeichneten Nehmer des Connossements das Auslieferungsversprechen angenommen. Der Verlader vermittelt das Connossementsgeschäft, indem er sich das Auslieferungsversprechen für die als Empfänger bezeichnete Person geben läßt und es dieser übergibt. Der Verlader selbst hat ein rechtliches Interesse an der Connossementsausstellung als einem Mittel über die Güter zu verfügen. Er ist nicht Beauftragter des Ausstellers, er erhält das Auslieferungsversprechen zu seiner Verfügung. Daher ist er nicht verbunden, dasselbe dem Bezeichneten zu übergeben, sondern berechtigt, es im eigenen Interesse dem Nehmer zu übermitteln.[5])

5) Der Verlader vereinbart mit dem Schiffer, daß sich derselbe dem bezeichneten Dritten verpflichte (pactum de contrahendo). In Vollzug dieser Vereinbarung erhält der Verlader vom Schiffer das Verpflichtungsoffert für den Dritten. Es steht nun in seiner Befugniß, dasselbe den Dritten ergreifen zu lassen. Verfügt er über das Offert zu Gunsten des Dritten, so kann diese Verfügung selbst wieder in Vollzug eines obligatorischen Vertrags zwischen dem Verlader und dem Dritten, insbesondere eines Verkaufs der verladenen Waare an denselben, geschehen; die Verpflichtung des Schiffers gegen den Dritten jedoch kommt durch eine Geschäftsschließung dieser beiden Personen unter Abwesenden zu Stande, bei welcher der Verlader lediglich als Uebergeber des Offerts an den annehmenden Dritten mitwirkt. Die Auslieferungsverpflichtung des Schiffers an den bezeichneten Empfänger begründet daher auch eine selbständige Forderung des Connossementsnehmers; sie beruht nicht auf einer Cession (Jhering, Jahrbb. für Dogmatik Bd. I. S. 185.), noch auf negot. gestio oder Hingabe von Sachen zu Gunsten eines Dritten (Goldschmidt, Handelsrecht §. 72. in Note 1.).— Was nach Siebenhaar, Archiv für Wechselrecht Bd. XVI. S. 119., beim

Das Auslieferungsversprechen ist nicht ohne weiteres an den Bezeichneten gerichtet, sondern es setzt das Geben und Nehmen des Connossements voraus. Der als Empfänger Bezeichnete kann eine Annahme des Auslieferungsversprechens an sich allein nicht erklären, sondern dasselbe nur auf Connossementsbegebung annehmen. Nur „dem legitimirten Inhaber" des Connossements darf der Schiffer die Güter ausliefern. Handelsgesetzbuch Art. 647. u. 650.[6])

Dies sind die allgemeinen rechtlichen Momente bei Begründung der Obligation aus dem Connossemente. Im Besonderen zeigen sich hiebei einige Verschiedenheiten, je nachdem das Connossement nicht an Ordre, sondern lediglich auf Namen lautet oder aber an Ordre oder Inhaber gestellt ist.

Wie mit dem Connossemente verhält es sich bezüglich der Obligationsbegründung auch mit dem Ladeschein, dem Connossemente für Versendung im Binnenlande (Handelsgesetzbuch Art. 413—418.), und im gleichen Sinne kann auch in einem Empfangschein über eingelagerte Güter ein Auslieferungsversprechen ausgestellt werden — Auslieferungs- oder Lagerschein (Handelsgesetzbuch Art. 302).[7])

a) Namenspapiere.

Aus den bezeichneten Waarenpapieren, sofern sie nur auf den Namen, nicht an Ordre lauten (Namenspapiere), erlangt der benannte Nehmer die Forderung auf Auslieferung der Waare nur durch Begebung von Seite des Verladers, bezieh. Versenders, Niederlegers oder eines ermächtigten Vertreters desselben. Redlicher Erwerb genügt bei solchen Namenspapieren nicht, da das Handelsgesetzbuch Art. 305. die Bestimmung der Deutschen Wechselordnung Art. 74. auf indossable Ordrepapiere beschränkt und

---

Wechsel „ein in der Schrift verkörperter Vermögenswerth ist, welcher durch Wechseloperationen .... ein Object der verschiedenartigsten Rechtsgeschäfte werden kann", ist nichts anderes als ein Verpflichtungsoffert, in der That ein „Vermögenswerth", über welchen verfügt werden kann. Vergl. auch unten Note 15. Wird durch Begebung darüber verfügt, dann wird das Wechselversprechen wirklich eine „Obligation".

6) Vergl. meine Abhandlung in der Zeitschrift für gesammtes Handelsrecht Bd. XII. S. 51.

7) Goldschmidt, Handelsrecht S. 760 fg. und 773 fg.

Art. 306. nur auf „Sachen" und nicht auf Forderungen aus Namenspapieren anwendbar ist[8]). Ist dem Verlader, Versender oder Niederleger das Waarenpapier vor der Begebung an den als Empfänger Benannten abhanden gekommen und hat es der Letztere auch redlich erlangt, so ist die vertragsmäßige Voraussetzung des Geschäfts, nämlich die Verfügung des Berechtigten über das Waarenpapier zu Gunsten des Nehmers, nicht eingetreten, die Obligation aus dem Papier somit nicht entstanden; das Waarenpapier kann zurückgefordert werden.

Die Begründung der Obligation aus solchen nicht an Ordre gestellten Waarenpapieren beruht sohin vollständig auf den regelmäßigen Grundsätzen des Vertrags. Für die Eigenschaft eines solchen Namenspapieres ist die Clausel „nicht an Ordre" oder ein ähnlicher Zusatz nicht erforderlich, da keine Rechtsannahme für die Ordreclausel wie bei Wechseln besteht[9]).

Zur Sicherung des Ausstellers, welcher die Auslieferung an den als Empfänger Benannten verspricht, gilt der Satz, daß zur Empfangnahme der Güter der benannte Inhaber des Papiers legitimirt ist. Handelsgesetzbuch Art. 417. u. 647. Absatz 2. Diese Legitimation zur Empfangnahme ist nicht die Forderungsberechtigung, sondern nur der gesetzlich genügende Ausweis des Inhabers über die Berechtigung, wodurch dem Schuldner ein Gegenbeweis nicht entzogen ist[10]). Durch Erfüllung an den

---

8) Goldschmidt, Zeitschrift für gesammtes Handelsrecht Bd. IX S. 8—10. Meine Abhandlung im Archiv für Wechselrecht und Handelsrecht Bd. XVI. S. 261. u. 262.

9) Thöl, Handelsrecht §. 80. Note 17 a; Goldschmidt, Handelsrecht §. 71. Note 24. Vergl. Handelsgesetzbuch Art. 302.

10) Nach Art. 417. u. 647. Absatz 2. verglichen mit Art. 305. des Handelsgesetzbuchs ist bei Ordrepapieren auch derjenige zur Empfangnahme „legitimirt", welcher das Papier durch ein falsches Indossament unredlicher Weise erlangt hat; da nun ein falsches Indossament dem unredlichen Nehmer desselben ein Forderungsrecht aus demselben nicht zu gewähren vermag (siehe Note 19.), so kann unter der Legitimation im Sinne des Gesetzes nicht die Forderungsberechtigung verstanden werden. Eine solche Bedeutung kann auch nicht aus dem Worte „verpflichtet" in Art. 647. Absatz 1. entnommen werden; denn der Nachdruck liegt hier nicht auf dem „legitimirten Inhaber", sondern es wird bestimmt, daß im Löschungshafen auch nur gegen ein Exemplar des Connossements ausgeliefert werden muß, an den legitimirten Inhaber natürlich nur nach Maßgabe des bestehenden Rechts. Vergl. noch unten Note 19.

legitimirten Inhaber kann ſich der Schuldner von der Obligation aus dem Papiere befreien, auch wenn jener nicht der wirkliche Gläubiger wäre, nämlich das auf ſeinen Namen geſtellte Waarenpapier ohne Verfügung des Berechtigten erworben hätte. Dagegen iſt er nicht der Obliegenheit enthoben, die Aechtheit der Legitimationsurkunden zu prüfen, da Art. 305. auch in dieſer Richtung ſich auf Ordrepapiere beſchränkt.

b) Ordre- und Inhaber-Papiere.

Für Waarenpapiere an Ordre oder an Inhaber kommen außer den erörterten noch weitere rechtliche Verhältniſſe in Betracht. Auch gelten für dieſelben einige Abweichungen von den Grundſätzen über Namenspapiere.

Die Verpflichtung an Ordre oder Inhaber iſt nicht als ein Verſprechen an unbeſtimmte Perſonen aufzufaſſen; ſobald und ſo oft ein Schuldner- und Gläubigerverhältniß entſteht, iſt eine beſtimmte Gläubigerperſon vorhanden. Nur iſt dem Schuldner bei einer ſolchen Verpflichtung gleichgiltig, wer dieſe Perſon iſt. Die Obligation aus dem Ordrepapier wie die Inhaberobligation läßt einen Wechſel der Gläubigerperſon zu, und dies bedarf einer rechtlichen Begründung.

Wenn ich dem A, für einen beſtimmten Fall aber dem B zu leiſten verſpreche, und beide in dieſem Sinne annehmen, ſo hindert dieſe Wechſelbeziehung die Rechtsgiltigkeit meiner Verpflichtung nicht[11]). Zunächſt bin ich dem A, mit dem Eintritte der Bedingung dem B verpflichtet. Mein Verſprechen an A ſteht unter einer auflöſenden, mein Verſprechen an B unter einer auf-

11) Nicht zu verwechſeln hiemit iſt a) die Bezeichnung eines Dritten solutionis causa: §. 4. I. de inut. stip. (3, 19.): mihi aut Seio dare spondes? b) ein einfach alternatives Verſprechen, wobei unentſchieden bleibt, welcher von Beiden Gläubiger ſein ſoll: l. 10. D. de stip. serv. (45, 3.): Titio decem aut Maevio fundum dare spondes? In dem oben bezeichneten Verſprechen iſt durch die Setzung einer Bedingung entſchieden, in welchem Falle an A, in welchem an B zu leiſten iſt. Vergl. auch l. 98. §. 4. 5. D. de sol. (46, 3.). Nicht entgegen ſteht l. 21. D. de stip. serv. 45, 3: Kalendis Januariis decem Titio aut Maevio dominis, uter eorum tunc vivet, dare spondes? inutilem esse stipulationem Julianus scribit; denn auch hiebei iſt unbeſtimmt, welcher zunächſt Gläubiger ſei (nec apparere, utri eorum sit adquisitum, l. 21. cit.).

schiebenden Bedingung; meine Verbindlichkeit erlischt gegen A und entsteht gegen B, wenn der gesetzte Fall eintritt.

Wendet man dies im Zusammenhalte mit dem früher Bemerkten auf Papiere an Ordre oder Inhaber an, so löst sich hiemit das Rechtsgeheimniß des Gläubigerwechsels. Der Aussteller eines Ordre- wie Inhaberpapiers verspricht, an den ersten Nehmer oder, sofern derselbe durch Weiterbegebung des Papiers zu Gunsten eines anderen Nehmers verfügt, an den weiteren Nehmer u. s. f. zu leisten. Die Begründung der Obligation im Verhältnisse zum ersten Nehmer ist bereits entwickelt. Es bedürfen nur die rechtlichen Beziehungen gegenüber einem weiteren Nehmer des Papiers noch der Erklärung.

In dem an Ordre lautenden Papier hat der erste Nehmer zur weiteren Verfügung seinerseits ebenfalls ein Versprechen des Ausstellers an einen weiteren Nehmer. Dieses ist zunächst wieder nur ein Antrag (Offert), kann aber einseitig vom Aussteller nicht mehr widerrufen werden, weil er es schon rechtsverbindlich zur Verfügung des bisherigen Erwerbers gestellt hat. Macht nun der erste Nehmer von der Verfügungsbefugniß über dieses Offert durch Weiterbegebung des Papiers an einen anderen Nehmer Gebrauch, so nimmt der Letztere mit dem Papiere das Versprechen an. Das Geschäft besteht nun zwischen dem Aussteller und dem neuen Nehmer durch Vermittlung des Vormannes, welcher demselben das Offert übergibt.

Der rechtlichen Form nach kann der neue Nehmer in dem Ordrepapier benannt — gewöhnliches Indossament — oder das Indossament in bianco gestellt werden[12]). Letzterenfalls erlangt das Versprechen für den Nehmer desselben den Sinn einer Verpflichtung an den Inhaber[13]).

Für ein an den Inhaber lautendes Papier ist die rechtliche Begründung des Forderungswechsels zu Gunsten des neuen Inhabers dieselbe wie bei dem Ordrepapier. Bei der Stellung des Papiers auf den Inhaber verspricht der Aussteller, an den ersten Nehmer oder, sofern derselbe durch Uebergabe des Papiers zu Gunsten eines Anderen verfügt, an den weiteren Nehmer u. s. f. zu leisten. Die Inhaberclausel unterscheidet sich von der Ordreclausel nur da-

12) Handelsgesetzbuch Art. 305. vergl. mit Wechselordnung Art. 12.

13) Nicht eines Papiers auf den Inhaber, da das Biancoindossament einem solchen nicht in allen Beziehungen gleichsteht. So ist Art. 307. des Handelsgesetzbuchs auf das Biancoindossament nicht anwendbar.

durch, daß erstere die Weiterbegebung des Papiers von der Schriftform befreit [14]).

Der Wechsel der Gläubigerperson in der Obligation aus dem Ordre- oder Inhaber-Papier tritt ein vermöge einer in dem Versprechen liegenden Doppelbedingung. Indem der Aussteller an den ersten Nehmer, für den Fall der weiteren Verfügung desselben an diejenige Person zu leisten verspricht, zu deren Gunsten weiter begeben wird, steht das Versprechen in Beziehung zu dem ersten Nehmer unter einer auflösenden Bedingung. Mit der Verfügung durch Weiterbegebung des Papiers tritt dieselbe ein und löst das Forderungsverhältniß zu dem ersten Nehmer auf. Jene Verfügung ist aber zugleich die Bedingung für die Verpflichtung an den neuen Nehmer; mit dem Eintritte derselben entsteht für diesen das Forderungsrecht aus dem Papiere [15]).

In der nämlichen Weise setzt sich der Gläubigerwechsel in der Obligation aus dem Papiere fort mit jeder weiteren Begebung.

---

14) Die nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen sich richtende Begründung der Obligation auf den Inhaber erfordert keine Staatsgenehmigung zur Ausstellung. Anders ist es, wenn ein verbietendes Landesgesetz besteht. In Bayern besteht ein solches, wie O. v. Völderndorff, die Papiergeldkrisis und die Papiere auf jeden Inhaber S. 8., nach den „allgemeinen Civilgesetzen" und zwar Bayerisches Landrecht IV. 2. §. 3. und Preußisches Landrecht I. 11. §. 730. Nr. 6. ohne Grund annimmt, nicht. Denn diese Stellen fordern bezüglich des Darlehnsgläubigers nur eine bestimmte Person, eine Voraussetzung, welche, wie gezeigt, auch bei Inhaberobligationen nicht mangelt. Ueber die Beschränkung des Verbots im Preuß. Gesetze vom 17. Juni 1833 auf Geldpapiere an Inhaber s. Goldschmidt, Handelsrecht §. 71. Note 27., in der Oesterreich. a. h. Entschließung vom 19. Juni 1847 auf Partialobligationen auf den Ueberbringer s. Unger, die rechtliche Natur der Inhaberpapiere S. 174.

15) Die Weiterbegebung ist daher keine Uebertragung des Rechts des Vormannes an den weiteren Nehmer, somit weder Cession noch Singularsucceession, auch keine Novation jenes Rechts, oder Delegation. Indem der bisherige Gläubiger durch die Weiterbegebung die Auflösung der Forderung in seiner Person und die Begründung der Forderung in der Person des Nehmers auf die angegebene Weise herbeiführt, trifft er allerdings eine Verfügung, welche für den Nehmer einen Vermögenswerth und für ihn die Wirkung einer Rechtsentäußerung hat, deßhalb auch nur gegen ein Aequivalent (Valuta) zu geschehen pflegt. — Das Moment der Bedingung in dem Ordre- und Inhaberversprechen habe ich angedeutet in meiner Abhandlung in der Zeitschrift für gesammtes Handelsrecht Bd. XII. S. 51. Note 22.

Die Schwebung des Geschäfts, welche das Bestehen einer auflösenden Bedingung mit sich führt, hebt sich im Momente der Einlösung des Papiers; durch die Aushändigung desselben an den Aussteller wird die Bedingung der Weiterbegebung unmöglich. Hierin liegt auch der tiefere Sinn des Versprechens, gegen das Papier, nämlich gegen dessen Aushändigung, zu leisten.

Nach dem Entwickelten bedürfen die verschiedenen Ordreclauseln im Connossemente keiner eingehenderen Erklärung. Bei der Stellung des Connossements lediglich an Ordre ist die Ordre des Abladers zu verstehen (Handelsgesetzbuch Art. 646.), somit zunächst derselbe als Empfänger bezeichnet und erster Nehmer des Auslieferungsversprechens. Lautet das Connossement auf den Namen des Schiffers als Empfängers (Handelsgesetzbuch Art. 646. Abs. 2.), so ist der Schiffer ermächtigt, im Löschungshafen über die Güter für Rechnung des Abladers zu verfügen. Bevor derselbe über das Papier verfügt, besteht keine Connossementsforderung, sondern nur ein einseitiges Auslieferungsversprechen (Offert) für einen künftigen Nehmer. Verfügt er zu Gunsten eines Nehmers des Connossements, dann erst erhält das Versprechen einen Gläubiger. Die Stellung des Connossements an den Inhaber erwähnt das Deutsche Handelsgesetzbuch nicht, schließt sie aber auch nicht aus. Das Nämliche gilt von den Lade- und Lagerscheinen[16]).

Ein Regreßrecht aus dem Waarenpapiere, wie bei Wechseln, gibt es nicht. Der weiterbegebende Inhaber des Papieres verspricht in demselben, auch im Indossament, keinerlei Ersatzleistung für den Fall der Nichterfüllung seitens des Schuldners; auch das Recht verleiht dem Indossament keinen derartigen Rechtsinhalt, das Handelsgesetzbuch Art. 305. bringt das für Wechsel geltende Regreßrecht nicht in Anwendung auf Ordrepapiere. Es sind daher lediglich die unterliegenden Rechtsverhältnisse maßgebend für einen Rückanspruch gegen einen Vormann[17]). Somit ist hier kein Anlaß zur Construction des formalen Regreßrechts wie beim Wechsel gegeben.

---

16) Es folgt dies aus dem Grundsatze, daß die Inhaberobligation keiner Staatsgenehmigung nothwendig bedarf. Siehe Note 14. Vgl. Goldschmidt, Handelsrecht S. 674. u. 675. S. 774. u. 759.

17) Vergl. Prot. S. 554—559. 563. a E. u. S. 1326. Das Gegentheil nimmt Endemann, Handelsrecht §. 85. Note 16. u. 17., für Ordrepapiere

Die Grundlage für die Obligation aus den behandelten Waarenpapieren bildet nach den bisherigen Erörterungen, wie bei Recta-Ordre- und Inhaber-Papieren überhaupt, der Vertrag. Davon als dem regelmäßigen Begründungsacte ist rechtlich auszugehen. Die Rücksicht auf die nothwendige Verkehrssicherheit hat jedoch zu dem weiteren Institute des redlichen Erwerbs geführt. Soweit dasselbe Anwendung findet, wird der redliche Nehmer, wenn er auch durch einen Unberechtigten das in dem Papier enthaltene Versprechen erlangt hat, unter sonst gleichen Verhältnissen aus dem Papiere ebenso berechtigt, wie wenn ein Berechtigter zu seinen Gunsten verfügt hätte.

Dieser Grundsatz ist unzweideutig für Papiere auf Inhaber im Handesgesetzbuche Art. 307. durch die Bezugnahme auf Art. 306. ausgesprochen. Nach dem System des Art. 306. erlangt „der redliche Erwerber" das Recht, das begründete Recht eines früheren Inhabers erlischt; hieraus folgt von selbst, daß für den unredlichen Nehmer ein Forderungsrecht aus dem Papiere nicht begründet wird[18]). Auf derselben Grundidee, wenn auch weniger klar ausgesprochen, beruhen die für Ordrepapiere in Anwendung kommenden Bestimmungen der Deutschen Wechselordnung Art. 74. und 36. Der unredliche Nehmer, welcher nach dem angeführten Art. 74. den Wechsel oder das Ordrepapier dem Berechtigten herausgeben muß, hat kein Recht aus dem Wechsel, beziehungsweise Ordrepapier. Der angeführte Art. 36. spricht dem unredlichen Nehmer kein Forderungsrecht aus dem Papier zu, sondern erachtet die Inhabung eines indossirten Wechsels auf Grund einer zusammenhängenden Reihe von Indossamenten nur als einen für die Forderungs-Berechtigung bis zum Nachweis des Gegentheils genügenden Ausweis. Nur diese Bedeutung hat die „Legitimation" in Art. 36. der Wechselordnung, wie die Motive zum Preußischen Entwurf einer Wechselordnung

an; nach ihm „haftet der Indossant in derselben Weise für den Credit oder die Realisirung des Papiers wie der Aussteller, und zwar immer der nächste Indossant". Für die richtige Ansicht: v. Hahn, Commentar II. 100. §. 4. zu Art. 303. Goldschmidt, Handelsrecht §. 72. S. 698. Nr. 3. und Note 38.

18) Nach Kuntze knüpft sich der Forderungserwerb an den „Erwerb des juristischen Besitzes des Papiers", für den Aussteller wird daraus gefolgert: „Zahlung an den juristischen Besitzer befreit ihn schlechthin". S. Inhaberpapiere §. 137. Diese Theorie steht jedoch im offenen Widerspruche mit §. 307. des Handelsgesetzbuchs.

§. 36. zeigen, und in gleichem Sinne ist die Legitimation durch Ordre-Connossement und -Lagerschein nach Art. 647. u. 417. des Handelsgesetzbuchs aufzufassen (vergl. Note 10.). Daß der unredliche Nehmer ein Recht aus dem Papier gegen den Schuldner erlange, das nur von dem besser berechtigten Vormanne angefochten werden könne, müßte nach dem Zusammenhange der Frage des Erwerbs von Werthpapieren mit dem allgemeinen Rechte nothwendig als Sonderrechtssatz ausgesprochen sein. Keine Stelle der Wechselordnung und des Handelsgesetzbuchs enthält aber eine Stütze dafür. Der Nehmer, welcher nach Art. 74. der Wechselordnung zur Herausgabe des Papiers angehalten werden kann, hat daher kein Recht aus dem Papiere. Auch die Wechselordnung selbst will der „Legitimation" gegenüber den Gegenbeweis unausgeschlossen wissen, indem sie den Zahlenden lediglich „nicht verpflichtet", die Aechtheit der Indossamente zu prüfen (Art. 36. Abs. 3.), ihm somit eine derartige Befugniß nicht entzieht [19]).

19) Die Ansicht, daß der unredliche Nehmer kein Forderungsrecht erlange, welche ich für Wechsel schon in Seufferts Blättern für Rechtsanwend. Bd. XXVI. S. 261 fg. aufgestellt habe, liegt auch Goldschmidts Theorie über Wechsel, Ordre- u. Inhaberpapiere (Zeitschrift für gesammtes Handelsrecht Bd. VIII. S. 330. u. 332. u. Bd. IX. S. 62.) zu Grunde. Anderer Meinung ist Thöl für Wechsel, indem er nach dem System der Deutschen Wechselordnung ein Recht aus dem Wechsel und ein Recht auf den Wechsel unterscheidet und ersteres, somit die Wechselforderung, auch dem unredlichen Nehmer zuerkennt, Handelsrecht §. 311. Nr. 2. §. 312. Nr. I. §. 308 a. E., vergl. §. 266. II. 1 a. und 4. Bezüglich des unredlichen Nehmers eines falschen Indossaments beruft sich Thöl auf Art. 75. u. 98. Nr. 9. der Wechselordnung, nach welcher der Nehmer einer falschen Tratte ein Wechselrecht gegen den Acceptanten habe und dem Letzteren auch der Ausstelier eines Eigenwechsels gleichzustellen sei. Allein zunächst folgt hieraus nichts für den Nehmer eines falschen Indossaments; der Nehmer der falschen Tratte erhält ja ein ächtes Accept, wodurch sich der Acceptant ihm unmittelbar verpflichtet, und ebenso verhält es sich für die Nachmänner auf Grund ächter Indossamente, bei einem falschen Indossamente aber fehlt der materielle Zusammenhang auch gegenüber einem ächten Wechselversprechen. Sodann ist auch Art. 75. der Wechselordnung immer mit Rücksicht auf den Grundsatz des Art. 74. zu beurtheilen, so daß nur dem redlichen Erwerber eines falschen Indossamentes ein Recht aus einem ächten Wechselversprechen zukommt. Bei Inhaberpapieren dagegen erlangt auch nach Thöl a. a. O. §. 54 b. und 54 k. der unredliche Erwerber nicht eine Forderung aus dem Papiere, sondern durch den Besitz des Papiers wird nur „die Vermuthung der Legitimation" d. i. „die Legitimationsnachweisung" begründet, „Gegenbeweis vorbehältlich".

Soweit der redliche Erwerb jene Wirkung des Gläubigerrechts hat, wird also das Verhältniß vom Rechte so behandelt, wie wenn es ganz nach den Vertragsgrundsätzen zu Stande gekommen wäre. In solchen Fällen entsteht die Forderung des redlichen Erwerbers allerdings nicht durch Vertrag, sondern vermöge unmittelbarer Gesetzesbestimmung (s. g. obligatio ex lege). [20])

Man könnte zwar, besonders bei Inhaberpapieren, versucht sein, mit Rücksicht auf die gesetzliche Anerkennung des redlichen Erwerbs dem Versprechen im Papiere einen weiteren Inhalt in dem Sinne beizulegen, daß dasselbe auch an den redlichen Nehmer gerichtet sei, und auf diese Weise auch hier eine vollständige Vertragsgrundlage gewinnen. Allein der Meinung des unmittelbaren Contrahenten, welcher sich das Versprechen zu seiner Verfügung ausstellen läßt, entspricht jenes nicht. Für das rechtliche Interesse des Schuldners aber wäre jene Erweiterung des Sinnes seines Versprechens einerseits nicht ausreichend, weil er dadurch wegen einer Zahlung an einen unrechtmäßigen Inhaber doch nicht geschützt wäre, anderseits nicht nothwendig, weil er durch das über die Legitimation geltende Recht genügend gesichert ist. Für Inhaberpapiere ist zwar der Satz, daß die Inhabung des Papiers als Ausweis zum Empfange der Leistung genüge, im Handelsgesetzbuche nicht ausgesprochen; allein er müßte schon vermöge der Rechtsanalogie vom Ordrepapier auf Inhaberpapiere übertragen werden, wenn er für dieselbe nicht schon vermöge einer allgemeinen verkehrsrechtlichen Gewohnheit gelten würde [21]).

---

20) Bei den Waarenpapieren an Ordre oder Inhaber kann ein Forderungsrecht durch redlichen Erwerb schon für den ersten als Empfänger bezeichneten Nehmer entstehen. Hat der Aussteller das Papier bereits dem Verlader, Versender oder Niederleger der Güter zur Verfügung gegeben, so ist seinerseits die Auslieferungsofferte vollständig (siehe oben vor Note 6.); erwirbt nun der erste Nehmer das Papier redlicher Weise von Jemand, der darüber zu verfügen nicht berechtigt ist, so ist er nach den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs Art. 305. u. 307. rechtlich so zu behandeln, wie wenn er von dem Verfügungsberechtigten erworben hätte. Der Aussteller kann hier nicht einwenden, daß er das Papier noch nicht begeben habe und deßhalb nicht verpflichtet sei; folglich erlangt der erste Nehmer eine Forderung aus dem Papier durch redlichen Erwerb.

21) Thöl, Handelsrecht §. 54b. §. 55. Nr. III.

II. Besitzverhältniß.

§. 15.

Das Waarenpapier gewährt dem berechtigten Inhaber eine Forderung auf Auslieferung der Waare. Welches Recht derselbe an der Waare selbst habe, bestimmt sich nach anderen rechtlichen Vorgängen. Das Waarenpapier kann an ihn begeben sein, um die Waare in Verwahrung zu nehmen (depositum) oder auf Rechnung des Begebers zu verkaufen (Commission); die Waare kann an ihn verpfändet oder an ihn veräußert sein. Nur im Falle der Veräußerung kann ein Wechsel des Eigenthumsbesitzes durch die Begebung in Frage kommen. Dieses Verhältniß ist hier zu betrachten.

Der Uebernehmer der Güter (Schiffer, Frachtführer, Verwahrer) hat dieselben zunächst für den Uebergeber (Verlader, Versender, Niederleger) inne; als solcher Inhaber ist er daher zunächst unmittelbarer Besitz-Stellvertreter des Uebergebers, sofern aber dieser selbst nur für einen Anderen Besitz ausübt, substituirter Stellvertreter des juristischen Besitzers. Nun soll durch die Ausstellung des Waarenpapiers, in welchem der Inhaber der Güter verspricht, dieselben an den bezeichneten Nehmer des Papiers auszuliefern, das Mittel geschaffen werden, jenem Inhaber in Betreff der Güter Anweisungen zu geben, überhaupt über die Güter zu verfügen. Handelsgesetzbuch Art. 661. u. 416. vergl. Art. 309. Abs. II.

Deßhalb ist die Meinung der Betheiligten, daß der Uebernehmer die Güter zunächst wohl für den Uebergeber, welcher sich das Papier zu seiner Verfügung hat ausstellen lassen, auf Begebung desselben aber für den Nehmer zur seinerzeitigen Auslieferung innehaben soll. Die Inhabung der Güter steht demnach bezüglich der Person, für welche sie stattfindet, unter der Bedingung der Begebung des Verfügungspapiers[1]). Sofern durch Begebung des Papiers zu Gunsten des als Empfängers bezeichneten Nehmers verfügt wird, findet die Inhabung für den

1) Diese bedingte Inhabung wird nicht beachtet von Exner a. a. O. S. 187., welcher einwendet, man müßte fordern, „daß der Schiffer den Willen habe für den Destinatär Besitz zu ergreifen," unter dieser Voraussetzung aber gehe „der Eigenthumserwerb an den Destinatär nicht erst im Moment des Connossementsempfangs, sondern sofort mit der Einhändigung der Waare an den Schiffer vor sich."

Nehmer, wenn weiter begeben wird, für den weiteren Nehmer u. s. f. statt.

Da nun der Inhaber der Güter im Falle der Begebung für den Nehmer die Inhabung ausübt, wird er bei der Begebung des Papiers, sofern der Nehmer nach den unterliegenden Verhältnissen den Besitz der Güter erwerben soll und will, dessen Besitz-Stellvertreter. So kommt der Inhaber der Güter durch die Ausstellung des Verfügungspapiers in das Verhältniß einer Stellvertretung im Besitze für denjenigen, welcher nach den jeweiligen Umständen juristischer Besitzer ist oder durch die Begebung werden soll[2]). Vermöge dieser bedingten Stellvertretung im Besitze kann nach dem Rechte eine Besitzabtretung an den Nehmer des Papiers vor sich gehen, ohne daß der Inhaber der Güter von den jeweiligen Besitzverhältnissen Kenntniß haben muß.

Nach den entwickelten Rechtsgrundsätzen genügt es für die Besitzabtretung, daß der Veräußerer durch die Begebung des Waarenpapiers an den Nehmer Besitz abtreten, dieser den Waarenbesitz durch den Inhaber erwerben will, und der Inhaber, der für den Begebungsfall in das Stellvertretungsverhältniß zum Nehmer getreten ist, nicht vertretungswidrig hiebei handle[3]). Auch ist nicht erforderlich, daß der Inhaber der Güter von der geschehenen Begebung des Verfügungspapieres Kenntniß habe, da er durch die Ausstellung desselben schon im Voraus für den Begebungsfall den Willen für den Nehmer inne zu haben erklärt hat und die rechtliche Wirkung einer bedingten Willenserklärung wohl von dem thatsächlichen Eintritte der Bedingung, aber nicht von der Kenntniß derselben abhängt[4]).

---

2) Hiedurch unterscheidet sich der Aussteller eines Verfügungspapiers über die übernommenen Güter wesentlich von den gewöhnlichen Uebernehmern von Gütern, welche keine solchen Paplere ausstellen. Vergl. oben §. 11. u. 12.

3) S. ob. §. 3. Note 8 flg. Goldschmidt, Handelsrecht S. 720. Nr. 4. legt daher wohl zu viel Gewicht darauf, daß „der Schiffer gar nicht weiß und sich nicht darum kümmert, in welchem Verhältnlsse der bezeichnete Empfänger zur Waare stehen soll und will." Uebrigens betrachtet auch Goldschmidt a. a. O. S. 722. u. 723. den Schiffer in der Inhabung der Güter als Stellvertreter des Connossementserwerbers, indem er annimmt, daß „der Schiffer für den Empfänger" die Detention übt und jeder „Connossementserwerber durch den Schiffer detinirt, beziehungsweise besitzt."

4) Vergl. Windscheid, Pandekten §§. 90. u. 92.

Mit der Begebung des Verfügungspapiers will der Veräußerer der Güter dem Erwerber zu eigenem Rechte die Verfügung über dieselben, d. i. nicht bloß ein Forderungsrecht auf Auslieferung, sondern, da das Waarenpapier auch die thatsächliche Verfügungsgewalt gewährt (Handelsgesetzbuch Art. 661. 662. u. 416.), auch den Besitz einräumen[5]). Hiemit stimmt der Erwerber überein, da er ein Verfügungspapier in Betreff der Güter auf Grund einer Veräußerung sich geben läßt, mithin jene Gewalt für sich will. Indem er aber dieselbe durch den Aussteller des Papiers will, welcher auf die Begebung desselben für den verfügungsberechtigten Nehmer, also für ihn inne hat, vollzieht sich durch dessen Stellvertretung der Erwerb des Besitzes an den Gütern zu Gunsten des Nehmers[6]).

---

5) Aus diesem Grunde ist die Construction mit Hilfe des possessorischen Constituts unzulässig. Der Veräußerer will und kann für den Nehmer nicht weiter den Besitz ausüben; er will und kann es weder selbst noch durch den Inhaber der Güter, weil er mit der Begebung des Papiers die Verfügungsgewalt verliert. — Erner a. a. O. faßt dieses Verhältniß als eine „unmittelbare rechtliche Macht über die Waare" auf, „die das volle und ausschließliche Verfügungsrecht über dieselbe, also namentlich das Recht, sie sofort weiter zu veräußern, zu verpfänden u. s. w. in sich schließt — kurz diejenige totale rechtlich begründete Herrschaft, die wir als Eigenthum bezeichnen." Siehe Note 6.

6) Goldschmidt, Handelsrecht §. 73. Note 23 fg. §. 75. Note 97. §. 76. Note 30. u. 66. Wilda, über das Connossement im Rechtslexicon Bd. III. S. 35. nimmt Besitzerwerb durch Vertretung des Schiffers und durch Ratihabition des Consignatärs oder derweiligen Connossementsinhabers an. Dagegen deutet seine Vergleichung der Connossementsbegebung mit der Schlüsselübergabe S. 34. auf eine wirkliche Besitzerwerbung ohne Stellvertretung für den Connossementserwerber hin. Zimmermann, Zeitschrift für Civilrecht und Proc. N. F. Bd. XV. S. 121. scheint eine symbolische Besitzübertragung anzunehmen: „In der Hand des Absenders repräsentirt das Connossement eine Waare und er überträgt daher mit demselben, wenn dies beiderseits beabsichtigt wird, den Besitz und das Eigenthum durch Uebermittlung und Annahme von Seiten des Destinatärs." Nach Erkenntniß des Oberappellationsgerichts Rostock vom 27. Januar 1845 (Seufferts Archiv Bd. I. S. 8.) wird Besitz übertragen auf Grund eines const. poss. Siehe dagegen Note 5. — Nach Laband, Zeitschrift für deutsches Recht Bd. XV. S. 128. repräsentirt die Urkunde nur die „Obligation", welche aber wie eine „Mobilie" verkauft wird. Erner a. a. O. S. 208. u. 209. betrachtet die Connossementsübertragung als eine „neue Form des dinglichen Vertrags", welche „jenen allgemeinen Formen der Tradition und Ingrossation gleich wirksam zur Seite" steht. Aus dem Zusammenhange seiner Darstellung ergibt sich, daß Erner bei der Waarenveräußerung durch Connossementsübertragung nur

Im Uebrigen ergeben sich einige Verschiedenheiten, je nachdem das Verfügungspapier auf den Namen einer Person allein als Empfängers lautet (Namenspapier) oder aber an Ordre oder Inhaber gestellt ist.

a) Namenspapiere.

Das Fracht- oder Lagergut wird veräußert. Der Veräußerer läßt sich zum Vollzug des Geschäftes von dem Schiffer, Frachtführer oder Verwahrer ein Waarenpapier lediglich auf den Namen des Erwerbers (Käufers) ausstellen. So lange er das Papier an den Erwerber nicht begeben, ändert sich das Besitzverhältniß nicht; erst mit der Begebung von Seite des Veräußerers an den als Empfänger bezeichneten Erwerber erlangt derselbe den Besitz der Güter[7]).

Die Begebung von Seite des Veräußerers oder eines ermächtigten Vertreters desselben ist hier ein nothwendiges Erforderniß. Redlicher Erwerb, welcher kein Forderungsrecht aus einem Namenspapier zu begründen vermag (§. 14. lit. a), genügt nicht. Der Veräußerer will nur durch Begebung von seiner Seite das Geschäft vollziehen und folgeweise Besitz abtreten; entsprechend dieser Meinung will der Aussteller des Namenspapiers, welcher nur dem forderungsberechtigten Nehmer zur Auslieferung verpflichtet wird, auch nur für einen solchen Begebungsfall die Stellvertretung als Inhaber der Güter für den Erwerber des Papiers übernehmen. Er ist daher nicht Besitzvertreter des nichtforderungsberechtigten Nehmers; wenn daher ein solcher Nehmer auf Grund seiner äußerlichen Legitimation die Auslieferung der Güter erlangt (s. §. 14. lit. a a. E.), kann er erst mit diesem Acte den Besitz erwerben, und der Eigenthumserwerb an den Gütern richtet sich alsdann ausschließlich nach den Grundsätzen des Art. 306. des Handelsgesetzbuchs.

Erwerb des dinglichen Rechts, Eigenthum oder publicianisches Recht (S. 294.), dagegen keinen Besitzerwerb (S. 174 — 177. S. 214.), auch nicht „die Rechte des Besitzes", nämlich Interdicte (S. 175. Note 68.), noch Ersitzungsbesitz annimmt. Vgl. über Exner auch Note 1. u. 5. Von O. Wächter, Handelsrecht I. 204. ist die Bestimmung des Art. 649. des Handelsgesetzbuchs nicht beachtet.

7) Siehe oben bei Note 1. Für Namenspapiere ist im Deutschen Handelsgesetzbuche in Ansehung der Pfand- und Rückbehaltungsrechte ausdrücklich anerkannt, daß die Inhabung des Papiers jene Rechte bezüglich der Waaren begründet, Art. 374. u. 313; vergl. auch Art. 382.

b) Ordre- und Inhaber-Papiere.

Der Uebergeber der Güter (Verlader, Versender, Niederleger) läßt sich von dem Uebernehmer ein Verfügungspapier an Ordre, seine eigene oder die eines Andern, oder an Inhaber ausstellen. Mag er ein Veräußerungsgeschäft bezüglich der Güter schon eingegangen haben oder erst nach der Ausstellung des Waarenpapiers schließen, die Meinung ist: der Aussteller soll zunächst für den Uebergeber der Güter, auf Begebung des Papiers für den Nehmer desselben, im Falle einer Weiterbegebung für den weiteren Nehmer u. s. f. innehaben. Es ergibt sich dies, wie bereits gezeigt, aus dem Inhalte des Waarenpapiers und seiner Eigenschaft, bezüglich der Güter als Verfügungsmittel zu dienen.

Bei jeder Begebung des Papiers zu Gunsten des Nehmers auf Grund einer Veräußerung will der Begebende die rechtliche und thatsächliche Verfügungsgewalt und damit den Besitz der Güter abtreten und der Nehmer den Besitz für sich erwerben durch die Stellvertretung des die Güter innehabenden Ausstellers des Verfügungspapiers. Diese Stellvertretung steht in Beziehung auf die Personen, für welche sie stattfindet, unter Bedingungen, welchen gemäß der Besitzwechsel vor sich geht. Der Stellvertreter hat die Güter nicht gleichzeitig für mehrere noch unbestimmte Personen inne, sondern abwechselnd immer für eine bestimmte, je nach dem Eintritte der Bedingung auftretende Person. Wird über sein Auslieferungsversprechen auf Grund einer Waarenveräußerung durch Begebung des Papiers verfügt, so ist er Besitzstellvertreter des ersten Nehmers, wird in gleicher Weise weiter verfügt, Besitzstellvertreter des weiteren Nehmers u. s. f. Auf diese Weise erwirbt der jedesmalige Nehmer und verliert der jedesmalige Geber den Besitz der Güter[8]).

8) Diese Begründung des Erwerbs und Wechsels des Waarenbesitzes, welche im Wesentlichen meine Abhandlung im Archiv für Wechselrecht und Handelsrecht Bd. XVI. S. 280—283. für Waarenpapiere an Ordre enthält, wird von Goldschmidt, Handelsrecht S. 803. in Note 3., mit seiner §. 73. entwickelten Construction „in der Hauptsache" als übereinstimmend erachtet. Meine Begründung beruht auf einer consequenten Durchführung meiner langjährigen Auffassung der Obligation in dem Ordrepapier, welche sich nach den Grundsätzen des Obligationenrechts richtet (vergl. Note 12. S. 262. meines Aufsatzes in Bd. XXVI. von Seufferts Blättern für Rechtsanwend.

Dies ist gesetzlich anerkannt für das Ordre-Connossement im Handelsgesetzbuch Art. 649.; für Lade- und Lagerscheine an Ordre, sowie für diese sämmtlichen Waarenpapiere auf Inhaber gilt dasselbe zufolge rechtlicher Construction wie auch vermöge der Rechtsanalogie (Handelsgesetzbuch Art. 313. Absatz I. und Art. 374.) [9]).

Nach der bisherigen Betrachtung erklärt sich der Besitzwechsel aus dem der Geschäftsschließung entsprechenden Willen der Betheiligten, welcher von der Begebung des Waarenpapiers durch den Berechtigten als der vertragsmäßigen Bedingung ausgeht. Es ist aber bei Ordre- und Inhaberpapieren auch der redliche Erwerb von einem nichtberechtigten Geber zu berücksichtigen. Hier reicht der Vertragsgesichtspunkt nicht aus, sondern es tritt das Gesetz ergänzend ein.

Mit dem Forderungsrechte aus dem Papier erlangt der redliche Nehmer auch das Recht und die Macht der Verfügung über die Güter, wie das Recht auf Auslieferung. Der Uebernehmer der Güter muß ihn daher als Aussteller des Waarenpapiers gerade so betrachten und behandeln, wie einen vom Berechtigten erwerbenden Nehmer. Der Wille des Ausstellers, auch bei redlichem Erwerbe für den Nehmer die Güter inne zu haben, ergibt sich daher aus seiner dem Gesetze entspringenden Obligation. Der Uebergeber der Güter oder weitere Erwerber, welchem das Papier abhanden kommt, kann jene Behandlung des redlichen Nehmers und dessen

---

ferner Note 22. S. 51. meiner Abhandlung in Bd. XII. der Zeitschrift für gesammtes Handelsrecht); Goldschmidt's Theorie über das Recht aus dem Ordre- und Inhaberpapier nimmt das Sachenrecht zum Ausgangspunkte: „Wer als Eigenthümer des Wechsels erscheint, ist stets zugleich der Wechselgläubiger," „an das Eigenthum des Papiers knüpft sich die Forderung," Zeitschrift für Handelsrecht Bd. VIII. S. 330. (vergl. auch S. 315. u. 342.), Bd. IX. S. 62. (vergl. auch S. 64.). Nach meiner Auffassung ist das Blatt Papier nur das Mittel für das förmliche Versprechen; das Versprechen ist die Hauptsache, von ihm muß daher die Construction ausgehen, das Blatt Papier kommt hiebei als Gegenstand eines dinglichen Rechts vermöge seiner pecuniären Bedeutungslosigkeit und Ersetzbarkeit nicht in Betracht. Außerdem ist in Goldschmidts Detentions- und Besitzlehre bezüglich der Waarenpapiere eine nähere Begründung der rechtlichen Vorgänge bei dem Besitzwechsel in Folge der Begebung des Papiers zu wünschen.

9) Motive zum Preuß. Entwurf Art. 230. S. 116. Nürnb. Protocolle S. 4768 fg. Goldschmidt, Handelsrecht §. 75. Note 93. u. Note 97., §. 76. Note 30. u. Note 66.

Besitzerwerb in Folge des Gesetzeswillens nicht wehren, sein Willensmangel wird durch das Gesetz ersetzt, welches den redlichen Nehmer so behandelt, wie wenn er vom Berechtigten erworben hätte. Auf Begebung des Papiers in Folge einer Waarenveräußerung erwirbt daher auch der redliche Nehmer rechtmäßig den Waarenbesitz durch Stellvertretung des Ausstellers des Verfügungspapiers [10]).

---

10) Handelsgesetzbuch Art. 649. u. 305. — Ob auch Eigenthum an den Waaren erworben werde, hängt von weiteren für dasselbe geltenden Voraussetzungen, insbesondere auch davon ab, ob der Eigenthumserwerb nicht durch Mängel im Sinne des Art. 306. Abs. 4. des Handelsgesetzbuchs ausgeschlossen ist. Siehe meine Abhandlung im Archiv für Wechselrecht und Handelsrecht Bd. XVI. S. 284. u. 285. Goldschmidt, Handelsrecht §. 80. in Note 13. bestreitet dies wegen einer vermeintlichen „Incongruenz hinsichtlich des Rechts am Verfügungspapier und an der Waare," welche er mit der Annahme beseitigen will, daß „das ganze Recht des Waarenerwerbs mittelst Ordreeconnossement und dergl. gar nicht durch Art. 306., sondern unabhängig davon nur durch Art. 305. 649 fg. geregelt wird." Ich vermag jedoch nicht zu begreifen, wie das erworbene Forderungsrecht auf Auslieferung von bestimmten Sachen die Eigenschaft derselben in Beziehung auf Eigenthumserwerb verändern könnte. Habe ich ein solches Forderungsrecht und in Folge desselben den Besitz der Sachen erlangt, unter denselben befinden sich aber z. B. solche, welche „gestohlen" sind, so kann ich eben ein Eigenthum hieran nicht erwerben, weil die rechtlichen Voraussetzungen hiezu nach den gewöhnlichen Eigenthumsgrundsätzen wie nach den Bestimmungen des Art. 306. über den redlichen Erwerb von Sachen fehlen. Ich muß mich, wenn mir die Sache entwehrt wird, an meinen Veräußerer halten. Dabei ist es ganz gleichgiltig, ob ich ein solches Forderungsrecht vollkommen regelmäßig d. i. durch Begebung des Papiers von Seite des Berechtigten, oder von einem unbefugten Inhaber in gutem Glauben nach Art. 305. des Handelsgesetzbuchs erworben habe. Auch im ersteren Falle habe ich einen Anspruch auf Auslieferung der Sachen, ohne Eigenthum an einem „gestohlenen" Gegenstande zu erlangen. Aus der Gleichstellung der beiden Erwerbsarten bezüglich des Papiers folgt also gar nichts für unsere Frage in Betreff des Eigenthumserwerbs an der Sache. In Fällen, in welchen der Nehmer das Papier durch Veräußerung von dem Berechtigten erwirbt, dasselbe sohin nicht abhanden gekommen ist, also auch nicht von der Anwendung des Art. 305. des Handelsgesetzbuchs gesprochen werden kann, käme der Erwerber des Waarenpapiers gar nicht in die Lage, an einer fremden Sache gemäß Art. 306. des Handelsgesetzbuchs Eigenthum zu erlangen, wenn, wie Goldschmidt annehmen will, „das ganze Recht des Waarenerwerbs mittelst Ordreeconnossement und dergl. gar nicht durch Art. 306..... geregelt" würde. Das wäre in der That eine große „Incongruenz". In Fällen aber, in welchen der Nehmer das Papier durch Veräußerung vom Nichtberechtigten erwirbt, wird auch nach der von mir begründeten Ansicht keineswegs „durch das strengere Recht des Art. 306. das dem Besitzer günstigere Recht des Art. 305.

Der unredliche Nehmer des Papiers erlangt kein Forderungsrecht aus demselben, ihm wird der Aussteller zur Auslieferung rechtlich nicht verpflichtet (§. 14. Note 18.), daher tritt er für ihn auch nicht in das Verhältniß einer Stellvertretung in der Inhabung. Der unredliche Nehmer erwirbt sohin erst dann den Besitz, wenn er auf Grund seiner äußerlichen Legitimation die Auslieferung der Güter erlangt. Das Handelsgesetzbuch Art. 649. geht jedoch weiter, indem es jedem äußerlich legitimirten, somit auch einem unredlichen Inhaber eines Ordre-Connossements mit dessen Erwerb die von der Uebergabe der Güter abhängigen Rechte gewährt, so daß der unredliche Nehmer schon mit dem Connossemente an den Gütern Besitz erlangt, aber einen unrechtmäßigen Besitz.

III. Rechtscollision.

§. 16.

Sind mehrere Connossementsexemplare begeben worden, so ist eine Collision vorhanden, wenn mehrere Inhaber auf Grund einer Veräußerung (Verkauf) der Güter ein Connossementsexemplar erworben haben. Unter gleichen Umständen besteht eine Collision unter mehreren Inhabern von Ladeschein-

---

modificirt". Beide Artikel haben einen rechtlich verschiedenen Gegenstand, Art. 305. den Erwerb des Forderungsrechtes aus dem Papier, Art. 306. den Erwerb des Eigenthums an der zu fordernden Sache; für den „Besitzer" der Sache bestimmt Art. 305. gar nichts, daher auch nichts „Günstigeres" als Art. 306. Auch bei redlicher Erwerbung eines Wechsels habe ich ein Forderungsrecht, nämlich auf Leistung einer Geldsumme (Wechselordnung Art. 74.); ob oder wie weit bei Erfüllung der Schuldforderung das gezahlte Geld aber in mein Eigenthum übergehe, bestimmt sich nach dem Sachenrechte. Eine „Incongruenz" würde umgekehrt vorliegen, wenn der Käufer einer Waare auf Grund eines Connossements oder Lade- oder Lagerscheins auch an „gestohlenem oder verlorenem" Gute Eigenthum erlangen könnte, während der Käufer eines Fracht- oder Lagerguts mit einem gewöhnlichen Fracht- oder Lagerscheine nach Art. 306. des Handelsgesetzbuchs anders behandelt wird. Die vermeintliche Incongruenz besteht sohin lediglich in der verschiedenen legislatorischen Behandlung des Erwerbs von Forderungen und des Erwerbs von Eigenthum an Sachen. Der redliche Erwerber erlangt die Forderung aus dem Papiere, wenn es auch gestohlen oder verloren ist (Wechselordnung Art. 74., Handelsgesetzbuch Art. 305. u. 307.); dagegen zu einem Schutze des redlichen Erwerbs von gestohlenen oder verlorenen Sachen ist die Gesetzgebung nicht vorgeschritten.

exemplaren, wenn Duplicate ausgestellt worden sind[1]). Von Namenspapieren, bezüglich welcher eine Cession an verschiedene Personen nach den Cessionsgrundsätzen zu beurtheilen ist, kann hier nicht die Rede sein.

In den Collisionsfällen, von welchen hier zu handeln ist, kann nur Einer Besitzer der Güter sein. Der Uebernehmer der Güter (Schiffer, Frachtführer) hat jederzeit nur für den berechtigten Nehmer die Güter inne, den Besitz der Güter erwirbt durch Vertretung des Inhabers derselben nur der berechtigte Nehmer.

Für die Berechtigung entscheidet grundsätzlich die frühere Begebung von Seite des gemeinschaftlichen Vormannes (Priorität).

Durch die erste Begebung eines Exemplars auf Grund einer Veräußerung wird über das Auslieferungsversprechen zu Gunsten des Nehmers verfügt, derselbe erlangt daher die Forderung aus dem Papiere. Diese wird durch die fernere Begebung eines weiteren Exemplars nicht berührt; aus dem Papiere kann aber nur Einer forderungsberechtigt sein, folglich ein späterer Nehmer eines anderen Exemplars eine solche Forderung nicht erlangen. Auch der Grundsatz des redlichen Erwerbs vermag denselben nicht zu schützen. Der redliche Erwerb würde nur entscheiden bei Veräußerung eines und desselben Exemplars; dem ersten Nehmer ist sein Papier nicht abhanden gekommen, er kann daher seine Forderung aus demselben durch den redlichen Erwerb des Nehmers eines anderen Exemplars nicht verlieren; die Forderung ist mit dem zuerst begebenen Exemplar verbunden, das andere Exemplar vermag sohin überhaupt keine Forderung gegen den Aussteller zu begründen.

Als berechtigter Nehmer, für welchen die Inhabung der Güter stattfindet, erwirbt sohin der erste Nehmer von dem gemeinschaftlichen Vormanne auch den Besitz[2]). Für den nichtforderungsberechtigten Nehmer wird die Stellvertretung bezüglich des Besitzes

1) Nürnb. Protocolle S. 1246. u. 4775. Goldschmidt, Handelsrecht S. 762. Note 89.

2) Vergl. auch Goldschmidt a. a. O. S. 730. Note 18. Aus dem römischen Rechte, insbesondere l. 9. §. 4. D. de publ. act. (6, 2.), läßt sich nach meiner Auffassung des Ordre- und Inhaberpapiers die Frage nicht entscheiden. Nach Exner a. a. O. S. 290 fg. wird durch das zuerst übertragene Exemplar nur „Eigenthum der Ladung" erworben (siehe oben §. 15. Note 6.), nach Laband, Zeitschrift für deutsches Recht Bd. XV. S. 128. und 136., die Forderung auf Auslieferung.

der Güter nicht ausgeübt, derselbe kann daher den Besitz mit dem Erwerbe des Exemplars nicht erlangen.

Nach dem Grundsatze der Priorität wird auch entschieden werden müssen, wenn von mehreren Exemplaren zuerst eines durch einen Nichtberechtigten an einen redlichen Nehmer und später ein anderes von dem berechtigten Inhaber veräußert wurde. Nachdem das Exemplar dem berechtigten Inhaber abhanden und in die Hände des redlichen Erwerbers gekommen ist, hat er seine Rechte aus diesem Exemplar verloren (siehe oben §. 14. vor Note 18); die Frage ist nur, ob sich das Forderungsrecht an dieses Exemplar knüpft, oder aber an das andere ihm nicht abhanden gekommene. Hält man an dem Gedanken fest, daß der redliche Erwerber rechtlich so behandelt wird, wie wenn er das Papier von dem Berechtigten erworben hätte, so muß sich das Forderungsrecht aus demselben nach dem Grundsatze der Priorität gerade so wie in dem vorigen Falle an das zuerst, wenn auch unbefugt begebene, aber redlich erworbene Exemplar knüpfen.

Ist die Begebung mehrerer Exemplare an verschiedene Nehmer gleichzeitig erfolgt, oder eine Priorität der Begebung gar nicht zu ermitteln, so kann bei einer Collision die Inhabung des Papiers für sich nichts entscheiden. Durch die gleichzeitige Begebung an Mehrere für sich allein hat keiner die Forderung oder den Besitz erworben, weil nur Einer Gläubiger wie auch Besitzer der Güter sein kann, und die Unmöglichkeit, eine frühere Begebung zu ermitteln, macht auch die Ermittelung des Forderungsrechtes wie des Besitzes aus dem bloßen Gesichtspunkte des Papiererwerbs unmöglich[3]). In solchen Fällen muß man also nach weiteren Begründungsacten forschen.

Hat ein Inhaber eines Exemplars die Auslieferung der Güter erlangt, so liegt darin ein Besitzbegründungsact, derselbe ist Besitzer geworden. Soweit die Grundsätze des redlichen Erwerbs an Sachen (Handelsgesetzbuch Art. 306.) zutreffen, kann er auch Eigenthum an den Gütern erwerben. Dasselbe kann auch nach

3) Die bloße Beweisfälligkeit des Klägers bezüglich der Priorität im Streite um das Vorzugsrecht ändert an sich nichts; kann der Kläger die behauptete Priorität nicht beweisen, so hat dies nicht die Annahme zur Folge, daß nun dem Gegner die Priorität zur Seite stehe, sondern es kommt nun auf die weiteren Gründe eines Vorzugsrechtes an, sofern nicht der Beklagte die Priorität der Begebung zu seinen Gunsten darzuthun vermag.

dem gemeinrechtlichen Satze stattfinden, welchem gemäß bei mehrfacher Veräußerung einer und derselben Sache derjenige Erwerber in Betreff des Eigenthums den Vorzug hat, welchem zuerst übergeben worden ist [4]).

Das Handelsgesetzbuch erkennt bezüglich des Vorzugs unter mehreren Inhabern eines Connossementsexemplars das umgekehrte Verhältniß an. Nach Art. 650. hat zunächst derjenige den Vorzug, welcher auf Grund seines Exemplars im Löschungshafen die Auslieferung der Güter vom Schiffer erlangt hat, bevor von einem anderen Inhaber ein Anspruch auf Auslieferung erhoben worden ist. Sofern der Letztere durch frühere Begebung seitens des gemeinschaftlichen Vormannes das Forderungsrecht aus dem Connossement und auch Besitz und Eigenthum der Güter nach Maßgabe des Art. 649. bereits erworben hatte, gehen ihm sonach im Falle des Art. 650. diese Rechte wieder verloren. Nur wenn der Schiffer die Güter noch nicht ausgeliefert hat, entscheidet nach dem Handelsgesetzbuche Art. 651. bei collidirenden Ansprüchen Mehrerer als Inhaber eines Connossementsexemplars die frühere Begebung von Seite des gemeinschaftlichen Vormannes [5]). Eine analoge Ausdehnung dieser irregulären Sätze auf Collisionsfälle bei Ladescheinduplicaten möchte kaum zu begründen sein.

Wenn keine Priorität der Begebung vorliegt, und auch keine Auslieferung der Güter stattgefunden hat, so richtet sich die Beurtheilung des Vorzugs nach den unterliegenden Veräußerungsgeschäften. Der Schiffer oder Frachtführer befreit sich von seiner Auslieferungsverbindlichkeit durch gerichtliche oder andere sichere Niederlegung der Güter (Handelsgesetzbuch Art. 648.). Bezüglich des Rechts auf die Güter und des Vorzugs unter den streitenden Inhabern von Exemplaren des Waarenpapiers sind so verschiedenartige Verhältnisse möglich, daß eine casuistische Behandlung über den Gegenstand der gegenwärtigen Darstellung weit hinausgehen würde. Nur zwei Gesichtspunkte sollen in dieser Beziehung noch betrachtet und hiemit die Untersuchungen geschlossen werden.

---

4) L. 15. C. de rei vind. (3, 32.). Denselben Grundsatz erkennen das Preuß. Landrecht I. 10. §§. 23. u. 25. I. 19. §§. 4. u. 5. und der Cod. civ. art. 1141. an, beide jedoch nur bei Besitznahme im guten Glauben.

5) Bei Uebersendung eines Exemplars wird die Zeit der Uebergabe durch den Zeitpunct der Absendung bestimmt, Handelsgesetzbuch Art. 651. Absatz 2.

a) Ist die Waare von einem gemeinschaftlichen Vormanne an verschiedene Nehmer eines Exemplars veräußert worden, so haben dieselben wohl Forderungen aus den Veräußerungsgeschäften auf Uebergabe der Waare, aber kein Anspruch hat gemeinrechtlich einen Vorzug vor dem anderen, mag vor der gleichzeitigen Begebung das Veräußerungsgeschäft auch mit dem Einen früher als mit dem Anderen geschlossen worden sein[6]). Jeder kann die Uebergabe aus seinem Vertrage fordern, der Veräußerer aber kann nur Einem übergeben; derjenige nun, welchem er übergibt, hat den Vorzug, jeder Andere nur einen Anspruch auf das Interesse. Die Uebergabe der in Verwahrung gegebenen Güter kann von ihm auch durch possessorisches Constitut geschehen.

Nach Preußischem Rechte (Landrecht I. 10. §. 22.) entscheidet der Titel aus dem früheren Veräußerungsgeschäfte. Derjenige, welchem zuerst die Güter veräußert wurden, hat den Vorzug. Dieser Vorzug einer früheren Veräußerung muß wohl auch bei gleichzeitiger Begebung der Exemplare das Forderungsrecht aus dem Papiere für den bevorzugten Nehmer begründen; unter dieser Voraussetzung aber wird für ihn als forderungsberechtigten Nehmer des Papiers die Inhabung der Güter ausgeübt und er erlangt somit durch die Begebung auch den Besitz der Güter[7]).

b) Ist die Veräußerung an verschiedene Exemplar-Nehmer von mehreren Personen, von der einen mit Veräußerungsbefugniß, von der anderen ohne solche, geschehen, so kann der redliche Nehmer durch die Begebung des Nichtberechtigten eine Forderung aus dem Papier nicht erwerben, weil gleichzeitig einem Anderen von dem Berechtigten begeben worden ist, und nur Einer forderungsberechtigt sein kann. Es erlangt aber auch der Andere durch die Begebung des Berechtigten keine Forderung aus dem Papier, weil der redliche Nehmer ebenfalls so zu behandeln ist, als habe er vom Berechtigten erworben. Da die gleichzeitige Begebung auch nicht die Wirkung einer Uebergabe der Güter hat, weil nur Einer Besitzer und Eigenthümer werden kann, so kommt Art. 306. des Handelsgesetzbuchs auch für den Gütererwerb nicht in Anwendung wegen Mangels der erforderlichen Uebergebung.

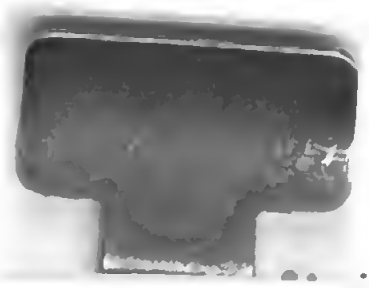
---

6) Arg. l. 15. C. de rei vind. (3, 32.).

7) Letzteres nimmt auch Goldschmidt, Handelsrecht Seite 733. in Note 26., an.

Aus mehrmaligen Veräußerungen können jedoch von Mehreren Forderungen auf Auslieferung erworben werden. Für diese Forderungen aus den Veräußerungsgeschäften stellt sich dann das Verhältniß zur Sache folgenderweise: Derjenige, welcher von einem Veräußerungsberechtigten den Erwerb seines Exemplars herleitet, greift mit seinem Anspruche auf Uebergabe durch, sofern derselbe noch übergeben kann; derjenige, welcher seinen Erwerb von einem Nicht-Veräußerungsberechtigten ableitet, muß zurückstehen, weil dieser Eigenthum nicht übertragen kann und Besitz zu übertragen nicht berechtigt ist.

Officin der Verlagshandlung.



Verlag von Bernhard Tauchnitz.

Durch alle Sortimentsbuchhandlungen sind zu beziehen

Barth, G., K. Sächs. Reg. Rath, Das Königlich Sächsische Preßgesetz vom 24. März 1870 geschichtlich u. praktisch erläutert. gr. 8. brosch. 16 Ngr

Bremer, Dr. F. P. Das Pfandrecht und die Pfandobjecte. Eine dogmatische Untersuchung auf Grundlage des gemeinen Rechts. gr. 8. brosch. 1½ Thlr

Siebenhaar's Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht. Neue Folge. Redigirt von Dr. Franz von Bernewitz in Dresden. Ersten Bandes erstes u. zweites Heft. Jährlich erscheint mindestens ein Band von vier Heften. Jeder Band von 4 Heften 2–3 Thlr. Jedes Heft ⅔ Thlr

Sintenis, Dr. C. Fr. Ferd., das praktische gemeine Civilrecht. Dritte verbesserte Auflage. 3 Bände. Lex. 8. brosch. 13 Thlr

Wengler, A., das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch mit Anschluß des fünften Buches vom Seehandel, unter Berücksichtigung der von den deutschen Gerichtshöfen ausgesprochenen Präjudizien, sowie der neueren handelsrechtlichen Literatur. gr. 8. brosch. 1¼ Thlr.

Wetzell, Dr. G. W., System des ordentlichen Civilprozesses. Zweite verbesserte und vermehrte Auflage. gr. 8. brosch. 4 Thlr.

Gutachten

über den

Entwurf einer Proceßordnung

in

bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten

für den

Norddeutschen Bund

im Auftrage der ständigen Deputation des Deutschen Juristentages für den Deutschen Juristentag erstattet

von

Dr. Robert Osterloh

K. Sächs. Hofrath u. ordentl. Professor an der Universität Leipzig.

Besonderer Abdruck aus der „Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung"

gr. 8. brosch. 27 Ngr.

Digitized by Google